



دراسة في القانون الجنائي و الشريعة الإسلامية

رسالة تقدم بها
محمود عاصم عصام محمود

إلى مجلس كلية القانون بجامعة بغداد وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الجنائي

بإشراف الدكتور
جمال إبراهيم الحيدري

/١٤٢٥ هـ   /٢٠٠٤م

الإهداء

الى مهجة القلب   والدتي العزيزة ...

والى روح والدي   حباً وإجلالاً ...

والى زوجتي وأولادي كل الوفاء و المحبة ...

والى اخواني وأخواتي فخراً و أعتزازاً ...

بسم الله الرحمن الرحيم

اشهد بأن إعداد هذه الرسالة الموسومة ب(تغيير جنس الإنسان -دراسة في القانون الجنائي والشريعة الإسلامية) قد جرى تحت إشرافي في كلية القانون جامعة بغداد ، وهي جزء من متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون.

التوقيع:

الاسم: الدكتور جمال إبراهيم الحيدري

التاريخ: ١٢ / ٩ / ٢٠٠٤

بناء على التوصية المتوفرة أعلاه ارشح هذه الرسالة للمناقشة .

التوقيع :

الاسم : الدكتور جمال إبراهيم الحيدري

رئيس القسم الجنائي

التاريخ :١٢ / ٩ / ٢٠٠٤

بسم الله الرحمن الرحيم

إقرار لجنة مناقشة

نشهد بأننا أعضاء لجنة المناقشة قد اطلعنا على هذه الرسالة الموسومة ب(تغيير جنس الإنسان -دراسة في القانون الجنائي والشريعة الإسلامية) وناقشنا الطالب (محمود عاصم عصام محمود) في محتوياتها وماله علاقة بها ، ونعتقد بأنها جديرة بالقبول لنيل درجة الماجستير في القانون وبتقدير (٩٠٪).

التوقيع :
الاسم: أ. د. حسن عودة زعال
رئيس اللجنة
التاريخ : / / ٢٠٠٤

التوقيع :
الاسم: الدكتور ضاري خليل محمود
عضواً وخبيراً
التاريخ : ١٢/٩/٢٠٠٤

التوقيع :
الاسم: أ.د . عبد الأمير الغانمي
عضواً
التاريخ : ١٣/٩/٢٠٠٤

التوقيع :
الاسم : أ.م.د. جمال إبراهيم الحيدري
عضواً (المشرف)
التاريخ : ١٢/٩/٢٠٠٤

صدقت من قبل مجلس كلية القانون - جامعة بغداد .

التوقيع :
الدكتور علي عبيد الجيلاوي
عميد كلية القانون
التاريخ : / / ٢٠٠٤

شكر وتقدير

واجب الوفاء يحتم علي ان اقدم وافر الشكر والعرفان وعظيم الامتنان لاستاذي المشرف الدكتور جمال ابراهيم (رئيس قسم القانون الجنائي - كلية القانون - جامعة بغداد) على جهوده الكريمة ودعمه المتواصل لاخراج هذه الرسالة على افضل وجه ممكن، حيث كان لملاحظاته الدقيقة وتوجيهاته السديدة اعمق الاثر واطيبه، إذ شرفني بالاشراف على هذه الرسالة بجهد مخلص وامين منذ بدء الكتابة ولحين اكمال مستلزماتها البحثية سائلا المولى القدير ان يزيده رفعة وعلما إذ كانت ملاحظاته غاية الضبط والاتقان.

كما اتقدم بالشكر والامتنان الى العراق الذي يعمل ولا يزال على إنهاض الأمة بنشر العلم لتسمو لاعلى المراتب، اكرمنا للاستفادة من علومه ومعارفه وقبلها ارغبنا في الوفود اليه. واستقبلنا واهله استقبالا عظيما وكانوا وما زالوا أهلا وأصدقاء واخوة ونعم الأهل والأصدقاء والاخوة.

وانه لمن دواعي سروري وسعادتي وقبلها شكري الجزيل ان استذكر المواقف الطيبة لكل الأساتذة والاخوة والزملاء الذين اسهموا في دعم وانجاز هذه الرسالة او تقديم المراجع والمصادر و أخص منهم بالذكر للشكر والتقدير:

الدكتور ضياء الدين الصالحي والدكتور ضاري خليل محمود والمرحوم الغائب الحاضر الدكتور حارث الحارثي والشيخ عبد المجيد البياتي (أمام وخطيب مسجد الرشيد في الزعفرانية) والشيخان ابو رامي وابو محمد والسيد أنيس ريان وزملائي المحامي ثائر العاني والمحامي فوزي حميد والطبيب أديب المتولي والطبيبة حفصة النعيمي وللسادة موظفي المكتبات كل من منتسبي المكتبة الوطنية والمكتبة المركزية - جامعة بغداد ومكتبة كلية القانون- جامعة بغداد والسادة موظفي مكتبة عبد الحميد شومان ومكتبة المرحوم الدكتور رشدي عليان.

واخيرا اتقدم بالشكر والاحترام العميق الى أخي ورفيق دربي وليد عاصم الذي كان ولا يزال سندا لي في هذه الحياة سائلا المولى القدير ان يسدد خطاه فجزاه الله تعالى عني خير الجزاء.

والشكر أولا وأخيرا وابتداءً وانتهاءً لله عز وجل داعيا منه ان يمكنني من رد الجميل لكل من قدم لي يد العون والله ولي التوفيق .

الباحث

المحتـــــويات

المقـــدمة

مـــن خصـــائص القانون استناداً الى أحكامه وقواعده انها توجه سلوك الافراد في المجتمع وتنظم العلاقات القانونية الناجمة عن هذا السلوك . وهذا التنظيم القانوني لهذه العلاقات ملزم لجميع أفراد المجتمع بما يحقق المساواة بقوة من الجزاء الذي تتولى السلطة العامة تنفيذه ، فالقانون يقوم بضبط السلوك الانساني بشكل معين يتفق والغايات والمقاصد التي تستهدفها الجماعة لتوجيه حياتها الاجتماعية في الوجهة السليمة[1].

وعلـــيه فان للانسان الحرية فيما يتصرف اذ لا يؤاخذ عن سلوكه كفرد في المجتمع الا اذا كـــان هذا السلوك مخالفا لاحكام وقواعد المجتمع ، وان المشرع هو من يجعل هذا الفعل مجرم من عدمه طبقا لمبدأ شرعية الجرائم المنصوص عليه في اغلب القوانين الجنائية .

فللكـــيان الجسدي للانسان حرمة ، ويعد الجسم من اكثر عناصر الحياة الانسانية تقديسا فلا يجوز ان يكون محلا لاي اتفاق باستثناء ما كان منه من اجل صيانته والحفاظ عليه ، ويعد المساس به انتهاكا لحرمة الكيان الجسدي للانسان. وسلامته البدنية تعد من اهم الحقوق التي يتمتع بها الفرد والمجتمع ، اذ لا يمكن للمجتمع ان يحتفظ بوجوده على مستوى خاص من التقدم والازدهار الا اذا كـــان هـــذا الحق محاطا بالحماية الجنائية ، فسلامة جسم الانسان تعد من أولى الحقوق التي تنص علـــيها الشرائع كافة وعلى حمايته من الاعتداءات التي تقع عليه سواءً افضت هذه الاعتداءات الى عاهـــة ام لـــم تفـــض. بل ان اغلبها لم يعتد برضا المجني عليه كسبب لاباحة الاعتداء على هذا الحق[2].

وان هذه الحماية تشمل جميع اعضاء الجسم البشري الظاهرة منها والباطنة من دون استثناء فكـــلا منها يؤدي وظيفة مهمة تتفاوت من حيث اهمية كل منها، لكن المشرع أضفى عليها جميعاً الحمايـــة وهي تلازمه في كل ادواره. حتى وان تم الاعتداء على عضو واهن فانه يتمتع بالحماية الجنائية من قبل المشرع دون تفرقة بينه وبين غيره فالمهم هو انتماؤه للجسم البشري.

عليه فان القانون الجنائي يعاقب على كل مساس بجسم الانسان وسلامة اعضائه سواء أكان الاعـــتداء بصورة عمدية ام غير عمدية وسواء حصل الاعتداء فعلا او كون شروعا ولم ينتج أثره او خاب لاسباب خارجه عن إرادة الفاعل وسواءً أتم الاعتداء من شخص عادي أم كان طبيبا.

---

(١) د. رياض القيسي – علم اصول القانون – الطبعة الاولى – الناشر بيت الحكمة – بغداد – ٢٠٠٢ ص ١٠٣ .

(٢) د. محمـــد عيد الغريب – التجارب الطبية والعلمية وحرمة الكيان الجسدي للانسان – الطبعة الاولى – بدون دار نشر – ١٩٨٩ ص٤.

اهمية الموضوع :

عنيت موضوعات المسؤولية الطبية عنايةً خاصةً وقد كتب عنها الكثير ومن جميع النواحي ولاسيما الناحية الجنائية، ذلك لاتصالها بالسلوك الانساني من جهة وعلى اعتبارها نتاج لهذا السلوك من جهة اخرى اذا ما كون اعتداءً على سلامة الاعضاء البشرية. وان هناك اخطاء متنوعة يعاقب عليها القانون فيما اذا صدرت من الاطباء بمناسبة مزاولتهم لمهنتهم الطبية. وهذا التنوع في الاخطاء كان نتيجة للتطور في مختلف المجالات الطبية. وقد أدى الامر معها الى ازدياد في عمليات التدخل الطبي في حياة الانسان وكيانه المادي بما في ذلك الجانب النفسي، وانعكس ذلك فضلاً عن الدراسات التي تناولت هذا الموضوع على القوانين التي اخذت بالاهتمام بحقوق الانسان ومنها حقه في سلامة اعضائه وتكامله الجسدي واعتبار ذلك من الحقوق الاساسية التي حرصت معها اغلب القوانين على وضع الضمانات لها. واصبح معها ايضا الطبيب او الجراح ملتزماً في اثناء ممارسته لنشاطه الطبي بشروط هذا العمل والتزامه كذلك جانب الحيطة والحذر وضرورة تبصير المريض بمخاطر التداخل الجراحي.

وقد ظهرت حديثا على ارض الواقع امكانية لدى قسم من الاطباء لتغيير جنس الانسان من ذكر الى انثى وبالعكس. فرغبت في هذه الدراسة ان اثير تساؤلاً عن مدى شرعية او مشروعية هذه العمليات. حيث تزداد اهمية هذا الموضوع بالنظر الى قلة الدراسات والابحاث المتخصصة لبيان مدى شرعيتها في الاقطار العربية عامة وفي العراق خاصة، أذ ان اغلب القوانين لم تتعرض لهذه الحالة، نضيف الى ذلك ان هذه العمليات قد تثير اشكالات قانونية موضوعية واجرائية معاً وكذلك اجتماعية مما تقتضي المعالجة. وما يشهد على اهمية الموضوع ما كتب عنه من قبل الفقهاء الاجلاء ولاسيما تلك التي تناولت الموضوع من النواحي الشرعية وكذلك المؤتمرات المنعقدة، وان هذه المشكلة تكتسب اهمية خاصة في عالمنا اليوم لما تمثله من اعتداء على تراث الانسانية في التناسل وما يكتنف هذه العمليات من غموض وريبة وشك. وعلى الرغم من التطورات التي شملت المجال الطبي والتي اثارت معها الكثير من القضايا الاخلاقية والدينية والقانونية ولا سيما موضوع مدى مشروعيتها ومدى المسؤولية المتحققة عنها عند مخالفة الاشخاص محل المسؤولية شروط تلك المشروعية، مما يقتضي الاهتمام بمناقشتها.

اشكالية الموضوع:

تتضمن مدى أحقية الانسان في العبث بما وهبه الله من صفات ، وما موقف شريعتنا الغراء؟ وكذلك موقف القوانين ولوائح حقوق الانسان المعلنة منها أتؤيدها أم أنها تتعارض معها؟ وهل يجوز تبرير اباحة هذه العمليات؟ استناداً الى حالة الضرورة على اعتبار ان المخاطر التي

يتعرض لها طالب التغيير قليلة اذا ما قورنت بالمصلحة الاجتماعية التي بمقتضاها يـتم تجنيـب المجتمع انتشار الشذوذ. وهل يعد ذلك مظهرا من مظاهر مباشرة الشخص على اعضائه الجسـدية أيمثل هذا حرية شخصية ام انه يتعارض مع ابسط قواعد الاخلاق ؟ أم أننا نقرر مشروعيتها باسناد ذلك للقواعد العامة في أباحة النشاط الطبي ؟ افلا تعتبر هذه الافكار غامضة وخطرة على المجتمع بأسره ؟ في حالة تفشيها دون أن يكون هناك رادع للحد منها، وهل عدم وجود نص في القـانون يبيح لنا القول بمشروعيتها ؟.

وخلاصة القول هناك جملة من التساؤلات تطرح نفسها علـى بسـاط البحـث لمناقشـتها ولمواجهتها من الناحيتين الشرعية والقانونية.

مجال البحث ومنهجيته:

سأتناول الموضوع من الناحية الجنائية مستعينا بالجانب الشـرعي ومـا تناولـه الفقهـاء المسلمون وما تضمنته شريعتنا الغراء من احكام خاصة تتعلق بتغيير الخلقة والتعدي على الحق في السلامة الجسدية، لذلك سيكون الموضوع مؤطرا بالناحية الجنائية والشريعة الاسـلامية وضـمن اطار المصادر المتوافرة في مجال القانون الجنائي والمسؤولية الطبية من الوجهة الجنائية وكـذلك المصادر الشرعية التي اقتضى ايرادها لتشعب مسالك الموضوع وتناثر جزئياته مما أرجعنا إلـى كتب التفسير وشروح الأحاديث وكتب الاصول وكذلك المجلات وقـرارات هيئـة كبـار علمـاء المسلمين ومجمع الفقة الاسلامي . وكذلك المراجع الطبية العربية والاجنبية لغرض فهم الحـالات المرضية التي سيرد موضوعها في البحث ليتسنى لنا الوقوف على حقيقتها لغايات اعطاء الـرأي القانوني بشأنها. وقد أولينا وبالقدر نفسه الجانب القانوني مساحة وافية في البحث، من حيث مـدى مشروعية هذا الفعل ومن حيث بيان القواعد العامة في المسؤولية الجزائية للاطباء عـن الجـرائم غير العمدية والعمدية. وكذلك مسؤولية الاشخاص المعنوية والمسؤولية عن فعل الغير مركزا فـي الدراسة هذه على قانون العقوبات العراقي وبعض القوانين العربية والاجنبية والانظمة التعليمـات التي تحكم صور النشاط الطبي. ومن خلال مجريات البحث اعتمدنا على بعض القرارات العربية والاجنبية قدر تعلقها بالامر وذلك أيضاً لقلتها وندرتها والتي كانت معينا جيدا في عرض الحالـة بهذه الصورة.

على أنني سأتناول مصطلح الجنس الذي يقابل : (Sex) وليس على اساس الـ (Gender) إذ إن الجنس (Sex) يتعلق بالفروقات الفسلجية والتكوين الجنسي للرجال والنساء في حين يشمل مصطلح نوع الجنس العنصر الاجتماعي فقط [١].

أي ليس على اساس ما تدعو اليه المفاهيم الجديدة الداعية الى رفض التفرقة بين الجنسين، إذ أن المفهوم الحديث للجنس يكون الغرض منه "اضفاء المشروعية على العلاقات الجنسية الشاذة كعلاقة الذكر بالذكر والانثى بالانثى والعلاقات المشاعة بين الجنسين بأعتبار أن حظر ممارسة هذه الحريات هو شكل من اشكال التمييز بسبب نوع الجنس"[٢].

ومن اجل الاحاطة بجوانب هذا الموضوع تناولته بثلاثة فصول ، الاول ماهية تغيير الجنس وقد تناولت مفهوم تغيير الجنس في المبحث الاول منه والذي قسمته الى ثلاثة مطالب ، الاول لتحديد نوع الجنس وفقا للمعايير الثلاثة كل من معيار العلامات الظاهرة والباطنة والمعيار البايولوجي والنفسي ، وافردت فرعا للموقف الشرعي والقانوني من تحديد جنس الانسان ، اما المطلب الثاني فقد خصصته لمعنى فعل التغيير. اما المطلب الثالث والاخير فللكيفية التي يغير بموجبها جنس الانسان من الوجهة العلمية اما المبحث الثاني فقد خصصته لتمييز تغيير جنس الانسان مما يشتبه به من حالات كحالة الشذوذ الجنسي وحالة تصحيح جنس الانسان وحالة الخنثى وبعض الشذوذات العضوية لتبيان اوجه الاختلاف بينها وبين الحالة موضوعة البحث ومن خلال ثلاثة مطالب خصصت لهذه الحالات اما الفصل الثاني فتناولت فيه موضوع مدى مشروعية فعل تغيير جنس الانسان ومن خلال مبحثين، الاول لعدم مشروعية فعل التغيير والثاني لمشروعيته ، أذ تناولت في المبحث الاول ثلاثة مطالب الاول: للحق محل الاعتداء والثاني: لموقف الشريعة الإسلامية من تغيير جنس الانسان اما المطلب الثالث فكان للمواقف الفقهية والقانونية والقضائية ولوائح حقوق الانسان من فعل التغيير وفي المبحث الثاني تناولت موضوع مشروعية فعل التغيير وبثلاثة مطالب الاول: للقوانين التي اباحت عمليات تغيير الجنس صراحة كالقانون السويدي وقانون المانيا الديمقراطية السابقة وخصصت المطلب الثاني: للقوانين التي اباحت عمليات تغيير الجنس ضمناً اما الثالث والاخير فكان للقوانين التي لم تنظم عمليات تغيير جنس الانسان.

---

[١] د. ضاري خليل محمد – مبدأ التكامل الاساسي للمحكمة الجنائية – دراسات قانونية – مجلة فصلية تصدر عن بيت الحكمة قسم الدراسات القانونية – بغداد – العدد الاول – السنة الاولى – ١٩٩٩ – ص٢٩

[٢] امل فاضل – العنف ضد المراة – رسالة دكتوراه – كلية القانون-قسم القانون الجنائي – جامعة بغداد – ٢٠٠٢ – ص٢٤٥.

والفصل الثالث – خصصته للاثار الجزائية المترتبة على فعل تغيير الجنس، تناولت فـــي المبحث الاول مسؤولية الاشخاص الجزائية وهم الاطباء والجراحون ومسؤولية الاشخاص المعنوية وكذلك المسؤولية عن فعل الغير. اما المبحث الثاني فقد افردته للاشكالات القانونية والاجتماعيـــة وتناولته من خلال ثلاثة مطالب، الاول للاشكالات القانونيـــة الموضـــوعية والثـــاني للاشـــكالات القانونية الاجرائية واما الثالث والاخير للاشكالات الاجتماعية.

الفصل الاول

ماهية تغيير الجنس

ان بيان ماهية عملية تغيير الجنس يقتضي منا ايضاح الاسس التي بموجبها يحدد نوع جنس الانسان ذكرا كان او انثى.وفق المعايير المتبعة لذلك، ثم نعرج بعد ذلك على موضـــوع الموقـــف الشرعي والقانوني من تحديد جنس الانسان ثم نتطرق الى معنى فعل تغيير الجنس والكيفية التـــي يتم على اساسها تغيير جنس الانسان من ذكر الى انثى او بالعكس، هذه المواضيع ستكون محـــور النقاش في المبحث الاول من هذا الفصل المتضمن مبحثين اما المبحث الثاني سيكون لتمييز تغيير الجنس مما يشتبه به من حالات ، مثل حالة الشذوذ الجنســـي Sexual Perverssions ، وحالـــة تصحيح جنس الانسان Transexualism ، وكذلك حالة الخنثى بنوعيها المشكل وغيـــر المشـــكل وبعض الشذوذات النفسية كالمخنث النفسي والشذواذت العضوية للوصول من هذه الحالات الـــى معرفة أوجه الاختلاف بينها وبين فعل تغيير جنس الانسان الذي يتم بناء على الرغبـــة المجـــردة لطالب التغيير.

المبحث الاول
مفهوم تغيير الجنس

لمعرفة ما المقصود بفعل تغيير جنس الانسان الظاهري وكيف يتم تحديد الـــذكر والانثـــى ومعرفة التغيير وفق الرؤية الطبية وما يتم اجراؤه للشخص ليصبح على هيئة الجـــنس المعـــاكس لجنسه ، نقسم هذا المبحث على ثلاثة مطالب ، الاول لتحديد نوع الجنس وفق معـــايير العلامـــات الظاهرة والباطنة والمعيار البايولوجي والنفسي وكذلك الموقف الشرعي والقانوني من هذا التحديد ، اما المطلب الثاني فسانتاول فيه معنى فعل تغيير جنس الانسان ونفرد المطلب الثالث للحديث عـــن كيفية أجراء فعل التغيير لجنس الانسان.

المطلب الاول
تحديد نوع الجنس

هناك عدة محاولات اجراها الباحثون والعلماء خصوصا في السنوات الاخيرة يرومون من خلالها كشف النقاب عن العوامل التي ترسب في الانسان إحساسا بالذكورة أو بالانوثة[1].

اذ ان النمو الجنسي يحدث على ادوار متلاحقة ومتواصلة من النمو ، الدور الاول منه يكون : عند تكوين الجنين من كروموسومات الـ (X) والـ (Y) هذا التكوين المبرمج يقرر فيما اذا كانت الغدد غير المتفرقة في البداية ستنمو في اتجاه تكوين الخصيتين او المبيضين وعندما يحدث التفريق الغددي فان كل غدة تلتقط برنامجها الخاص من النمو ، فان كانت مبيضا فان الطفل انثى وان كانت خصية فانه ذكر ، هذا قبل الولادة وعند الولادة يبدا الدور الثاني من المسيرة نحو الهوية الجنسية وهو الدور الاجتماعي، إذ إن الاطفال يعاملون معاملة تتناسب مع هويتهم الهرمونية فيتعلمونها من خلال المعاملة المختلفة من الوالدين فيبدا الطفل وهذه الحالة بتقليد الجنس الذي ينتمي اليه[2] مما يعني ان من له اعضاء تناسلية ذكرية فهو ذكر كامل الذكورة والانثى كاملة الانوثة هي التي لها اعضاء تناسلية انثوية باستثناء بعض الحالات التي يكتنفها بعض الغموض، لكن كيف يمكن تحديد نوع الجنس سواء أذكر كان أم أنثى حتى وان كان هناك غموض في الاعضاء التناسلية ؟ للاجابة وللتعرف على الجنس Estimation of Sex لابد من التعرض إلى المعايير المتبعة لتحديد الجنس لاسيما خلو القانون من أي تعريف للذكر او الأنثى. وهو ما سانتاوله في الأفرع الثلاثة الاتية:

الفرع الاول
معيار العلامات الظاهرة والباطنة

يعد المظهر الخارجي سواء كان لذكر او لانثى احد المعايير المتبعة لتحديد الجنس، إذ إن النمو العضلي للجسم وخشونة الصوت وتوزيع الشعر وعدم نمو الاثداء كل ذلك من المظاهر الذكرية بينما غياب هذه الاعراض من المظاهر الانثوية[3]. ففي الانثى اعضاء تناسلية ظاهرة (خارجية) واخرى باطنة (داخلية) وكذلك اعضاء ملحقة وهي على الوجه الاتي:

---

[1] د. نوال السعداوي – الانثى هي الاصل – المؤسسة العربية للدراسات والنشر – ١٩٧٤ ص٧٥

[2] د. علي كمال – الجنس والنفس في الحياة الانسانية – دار واسط – لندن – ١٩٨٦ ص٧٩ .

[3] د. نبيل دسوقي – التخنث هل هو مرض نادر – مجلة طبيبك – العدد ٣١٦ /ابريل / ١٩٩٥ ص٨٦ .

الجهاز التناسلي الانثوي Female Reproductive System

الاعضاء التناسلية الخارجية

وهي متكونة من الفرج Vulva وبدوره يتكون من الشفران الكبيران Labia majora والشفران الصغيران Labia minora والبظر Clitoris وغشاء البكارة الذي يحرس فتحة المهبل الخارجية Hymen .

الاعضاء التناسلية الداخلية

وتتكون هذه من المهبل والرحم والمبيضين وقناة فالوب . المهبل عبارة عن قناة عضلية يبلغ طولها ٨–١٠ سم يتصل من الاعلى بعنق الرحم وينتهي قسمة الاسفل بالفرج يحرسها غشاء البكارة ويبطنه غشاء مخاطي طلائي متعدد الطبقات Squamous Stratified Epilheluim . اما الرحم فهو عضو عضلي مجوف مكون من قمة Fundus وجسم Body وعنق Cervix وله جدار عضلي سميك مكون من عضلات ملساء ويستقر وسط الحوض [١]. وهناك ايضا قناة فالوب Fallopian Tube والمبيضان Ovaries وهي مسؤولة عن توليد البويضات .

اما بالنسبة للاعضاء التناسلية الانثوية الملحقة – فهي تتكون من الثديين اللذين يكونان عبارة عن غدتين كبيرتين تفرزان الحليب .

وفيما يخص **الاعضاء التناسلية الذكرية** فانها تتكون من القضيب Penis وهو عبارة عن عضلة تتكون من الحشفة Glans والقلفة Prepuce والعصب في راس القضيب والخصيتين اللتين تكونان محفوظتين داخل كيس الصفن ، فالظاهرية منها الصفن والاحليل الذي هو مجرى البول . اما الباطنية فهي الخصيتان والبربخ وحبلا المني والحويصلات المنوية والبروستات[٢].

وهناك ايضا الجهاز الهيكلي Skeletal System وبعضه يتميز في الجنسين ويدعى ايضا بالهيكل العظمي ويتكون من العظام المتعددة المتصلة فيما بينها في محلات تدعى بالمفاصل ، والعظام هذه منها الطويلة ومنها القصيرة[٣].

ويلحظ أن عظام الافراد غير البالغين تكون عديمة الفائدة لتحديد الجنس ذلك لان المميزات الجنسية فيها لا تبرز الا تحت تاثير ظهور معالم الانوثة والذكورة في مرحلة البلوغ فالاطفال دون سن البلوغ لا تظهر عليهم سوى فوارق قليلة من حيث البنية والشكل الجسماني خارج نطاق الاعضاء التناسلية ، فالعظام التي يعول عليها العلماء لمعرفة جنس الانسان ذكرا كان أو انثى هي.

---

[١] د. علي غالب ياسين – علم التشريح – الطبعة الاولى – دار الحرية للطباعة – بغداد – ١٩٨٥ ص٥٩–٦١.

[٢] حسين سليم – الموسوعة الجنسية – دار اسامة للنشر والتوزيع – عمان – الاردن – ٢٠٠٢ ص٢٣ .

[٣] د. علي غالب ياسين – المرجع السابق – ص ١٧.

اولا : عظام الحوض The Pelvis

عظم الحوض : هو جزء اكثر من غيره يعول عليه العلماء لمعرفة الجنس وهو افضل معيار لتحديد جنس الانسان فهناك زاويتان غير مسميتين في كل من الورك وتحت العانة، منها حافة الزاويتين تكونان اكثر انفراجا عند المراة مما هوعليه عند الرجل. فان فحص فرع الورك العاني قد يكون كافيا ايضاً ففي المراة غالبا ما يكون هذا الفرع مقعرا ، بينما يكون عند الرجل اما مستويا او مسحوبا[1]. فالاختلاف في شكل عظام الحوض في الذكر عنه عما في الانثى جعل منها معايير معتمدة والتي تعطي نتائج مرضية في تحديد الجنس .

ثانيا : الجمجمة The Skull

العظام عموما اكثر خشونة ووزنا وأكبر حجما في الذكور عما هو عليه الحال عند الاناث لكن لبعض العظام علامات جنسية تساعد على تثبيت نوع الجنس تثبيتاً قاطعاً ومنها الجمجمة، ففي الذكور تكون ذات حدبة جبهية والجدارية والاقواس الحاجبية بارزة ومدورة . أما في الاناث فانها أقل بروزا واستدارة والاقواس اقل وضوحا[2]. وعظامها تكون مسطحة ترتبط مع بعضها بدروز وهي مفاصل ليفية عديمة الحركة . والجمجمة عامة هي عبارة عن صندوق يحفظ في داخله الدماغ وفكين علوي وسفلي ، هذا ويلحظ ان الفك السفلي هو المتحرك دائما كجزء من الجمجمة[3].

ثالثا : مميزات جنسية في عظام اخرى Sex Determination from Pat

وهي عظم العجز Sacrum فهو طويل ومتجانس الانحناء من الاعلى الى الاسفل عند الذكر وعلى العكس منه فهو قصير واسع مستقيم في نصفه العلوي ومنحنٍ في جزئه المتبقي. سطحه عند الذكر يمتد حتى الفقرة الثالثة او الرابعة ، اما في الانثى فلا يتجاوز الفقرة الثانية .

وهناك عظام اخرى مثل عظم العضد Humerus والزند Uiha والكتف Scapula وعظم القص Sternum وعظم الفخذ Femur وعظم القصبة Tibia ، وعلى العموم فان تحديد نوع الجنس ذكر او انثى بناء على العظام الاخرى فانه يلجا الفاحص الى الاعتماد على الصورة الذهنية لديه لما يكون عليه الحجم والشكل العادي لعظام كل نوع من الجنس ويكون رايه هذا حيويا ضمن

---

[1] د. محمد يوسف النجار و ريتشارد ماكو ليامز- العظام في الدراسات الانثرونيولوجية والطبية والجنائية – ترجمة د.محمد يوسف النجار – ط١ – مطبعة ذات السلاسل للطباعة والنشر ١٩٨٩ ص ٩٩ وللمزيد راجع-
James c . Anderson. M. D.- Grant's Atlas of anatomy eighthedition – London –1975-1976 (in medam section) P. 3/10

[2] د. وصفي محمد علي – الطب العدلي علما وتطبيقا – ط٣ – مطبعة المعارف – بغداد ١٩٧٠ ص٥٥٩ .

[3] د. علي غالب ياسين – المرجع السابق – ص ١٧ .

خبرته الفنية . وقد تكون هناك استثناءات وحالات شاذة مثلا في بعض الحالات نجد ان هناك بعض الرجال لهم اطراف صغيرة ورفيعة بينما يكون هناك من النساء لهن اطراف كبيرة وخشنة ويطبق نفس الشيء على العظام فانها تعكس هذا الوضع تماما[1].

ويمكن ملاحظة ما يخص الاعضاء التناسلية الذكرية والانثوية لدى كل من الذكر والانثى هناك فروقا اخرى بينهما، وتقع هذه الفروق في مجال الدورة الشهرية للانثى وهي الدورة التي تميز حياة الانثى اذ ليس لها ما يماثلها في حياة الذكر وتبدأ عادة الدورة الشهرية للانثى بالحيض الأول Menarche . ومع تقدم العمر تصل معه الانثى الى سن اليأس وهناك فضلا عما تقدم ادوار بايولوجية تمر بها تتضمن ادوار الحمل والولادة والرضاعة وهذا ما لا يكون موجودا في الذكر وان لذلك علاقة بالاعضاء التناسلية لدى الجنسين الذكر والانثى وهو ما يميز كلاً منهما من الاخر، ولاسيما الادوار التي تخضع الى فعل ومقررات بايولوجية وفيزيولوجية خارجة عن إرادة الانثى[2].

وحسب ما عرض فإن العظام تحدد الجنس ذكراً أم أنثى وكذلك الامر بالنسبة للاعضاء التناسلية الظاهرة والباطنة الخاصة بكلا الجنسين، وعليه فانها تعد من أسس تحديد الجنس ومن المعايير المعتبرة لذلك، لكنه ولوجود بعض الاستثناءات قد يحصل لبس معها ولو أن ذلك نادر الا ان هناك معايير أخرى منها المعيار البايولوجي وهو الاكثر دقة وعلمية في تحديد جنس الانسان والذي بموجبه يتم اكتشاف حقيقة جنس الشخص حتى تلك التي يكتنفها الغموض وهو ما سيكون موضوعا للفرع الآتي .

الفرع الثاني

المعيار البايولوجي

يأتي الجنيوم البشري الذي يمثل المجموعة الكاملة من الجنيات البشرية حيث نظمت في ثلاثة وعشرون زوجاً منفصلا من الكروموسمات ، لكن فيها زوجاً يمثل كروموسومي الجنس وهما كبيران يتكونان من (X) في الاناث في حين يوجد كروموسوم (X) مع كروموسوم (Y) في الرجال [3].

---

[1] د. محمد يوسف النجار وريتشارد ماكوليامز – المرجع السابق – ص١٠٩ وللمزيد راجع . James c. Anderson M.D. op. Cit . p6/50

[2] د.علي كمال –المرجع السابق – ص٤٣٣

[3] مات ريدلي – الجينوم – السيرة الذاتية للنوع البشري – ترجمة د. مصطفى ابراهيم – عالم المعرفة – سلسلة كتب ثقافية شهرية يصدرها المجلس الوطني للثقافة – الكويت – نوفمبر – عدد ٢٠٠١/٢٧٥ ص٧

وان ذلك موجود في كل خلية بشرية والحال نفسه حتى في جميع الحيوانات اللبونـــة فكـــل خلية بشرية تحتوي على ٤٦ كروموسوم وهي موجودة في نواة كل خلية وتحتوي على العوامـــل الوراثية وعلى الصفات المتمثلة في الشكل واللون والطول والقدرات الجسمانية والعقلية والى غير ذلك من الصفات. وان ذلك لا يوجد عليه أي خلاف طبي بإستثناء الخلايا الجنســية لــدى الــذكر والانثى فأن كلاً منهما يحمل نصف عدد الكروموسومات[1].

فالرجل يحمل الحيوان المنوي (الحيمن) ٢٣ كروموسوم، والانثى كذلك تحمل البويضة ٢٣ كروموسوماً وعند الانقسام بعد ان تكون البويضة مخصبة تكــون حاويـــة علـــى العـــدد الكلـــي للكروموسومات فيأتي الجنين الذي تحتوي خلاياه على العدد الكلي وهو ٤٦ كروموسوما [2].

وان الاكتشافات العلمية الحديثة اظهرت ان الخلية عندما تبدأ بالانشطار تبـــدأ الصـــبغيات (الكروموسومات) بالتميز في صورة ازواج لتكون ٢٣ زوجا وكلها مسؤول عن تحديد بنيان الجسم وتحديد صفاته كما اسلفت الا صبغيا واحدا يكون مسؤولا عن تبيان جنس الانسان فيما اذا كان ذكر أو انثى فالانثى تتكون عندما يكون كروموسومات الجنس لديها (XX) امـــا الـــذكر فواحـــد (X) والثاني(Y) ومنذ الاشهر الاولى فالجنين لديه الامكانية لان يتطور الى أي من الجنســـين ذكـــر أو إنثى والاسبوع السابع من حياة الجنين تكون الغدد الجنسية لديه غير متبلورة وهذه الغـــدد تكـــون قنوات وليفان Wolffian وقناة موليرايان Mullerian ففي الجنين الذكر قناة وليفان هي التي تنمو والثانية تضمر والعكس بالنسبة للأنثى. ويلحظ هنا ان الضمور ليس كلياً حيث يكون بعض بقايـــا الجنس الاخر في كل جنس[3].

فبعد هذه المقدمة لا بد من بيان المقصود بالمعيار البايولوجي "فهو بيان تركيب نسج وخلايا الشخص التي تزيد على خمسين مليون خليةً تحمل كلاً منها كروموسومات معينة تختلف في الذكر عنها في الانثى" فإن خلايا الذكر تحمل الصبغيات (XY) وخلايا الانثى تحمل الصـــبغيات (XX) ويلحظ ان صبغي الـــ (Y) لا يوجد في الانثى نهائيا فاذا فحصت الخلايا مختبريا وتبين وجـــود الصبغي (Y) فإن ذلك يكفي لتحديد الذكورة لدى حامله واذا لم يوجد هذا الصبغي فـــأن الشـــخص

---

[1] عبد الحميد العبيدي – الاستنساخ البشري – الطب والعلوم – الشريعة والقانون – سلسلة المائدة الحرة – بيـــت الحكمـــة ١٩٩٩/٤٤ ص٢٩ .

[2] د. صبري حمد خاطر – القانون والجين البشري – مجلة دراسات قانونية – بيت الحكمة – السنة الثالثة – العدد الثالـــث ٢٠٠١ ص٧٢.

[3] د.علي كمال – المرجع السابق – ص٤٣

يكـون انـثى ويلحـظ انه امكن حديثا الكشف عنه في الخلايا الانسانية كشفاً دقيقاً عند الجنين منذ الاشهر الاولى من الحمل وكل ذلك مردوده التطور الطبي خصوصا في المجالات المختبرية [١].

أما اذا اجتمعت الاعضاء التناسلية الذكرية والانثوية معا في شخص واحد فان هذا الاختلاط في التكوين البالبولوجي يكون في الخنثى متعدد الصبغيات التي سياتي بيانها لاحقا.

اذن تلعـب الهرمونات دورا مهماً في تكوين الهوية الجنسية ضمن عملية معقدة ومتواصلة فالكروموسومان الـ (X) و (Y) في (البيضة الملقحة Zygote) الجنينية هي تقرر فيما اذا كانت الغدد الجنسية غير المتفرقة ستكون مبيضا كما في الانثى او خصية كما في الذكر. وحال التفريق فـان الغـدد الهرمونية تلتقط البرمجة المناسبة للنمو فأذا كانت مبيضية البرمجة اتجه النمو نحو الانوثة، واذا كانت خصوية اتجه ذلك نحو الذكورة وفي هذه الحالة تفرز هرمون الاندروجين الذي يذكـر جسم الجنين وأن لم يكن كذلك فان هذا الجسم يكون انثويا في تكوينه أي من دون فعل هذا الهرمون[٢].

فالموضوع يخص جانب تركيب الانسجة وخلايا الشخص، وأن فحص هذه الامور يجريها المتخصصون في المجال الطبي والمختبري وبسبب التطور الهائل في هذا المجال فإن هذا المعيار يعـد مـن أفضل المعايير استنادا الى نتائجه الدقيقة، لكنه لا يغني عن المعايير الاخرى بسبب ما تتمتع به هي الاخرى من اهمية.

الفرع الثالث
المعيار النفسي

يعرف المعيار النفسي بانه الميل والاحاسيس ومشاعر الشخص نحو النوع الاخر بمعنى أن الذكـر يمـيل إلى الأنوثة فيتصرف ويتكلم ويسلك سلوك النوع الاخر في كل شيء على أنه واحد منهم ، ويطلق عليه بهذه الحالة بالمتخنث نفسيا وان ذلك يرجع الى عدة اسباب منها الدلال المتزايد الـذي يـتحقق لـبعض الاولاد في بعض الاسر حيث يعاملونه على أنه انثى وكذلك قد يرجع إلى أسـباب اخرى كالمعاملة المتحققة للاولاد الصغار في هذه العوائل والتفرقة الحاصلة لبعضهم دون بعضهم الاخر ذكوراً أم اناثاً تولد لديهم نتيجة لذلك أحاسيس وميول أنثوية أي أنها تتجه الى النوع الاخر[٣].

---

[١] د. الشـهابي ابراهـيم الشرقاوي – تثبيت الجنس واثاره دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي – ط١ دار الكتب القاهرة ٢٠٠٢م–ص١٠٣

[٢] د. علي كمال – المرجع السابق – ص٥٨

[٣] د. الشهابي ابراهيم الشرقاوي – المرجع السابق – ص١٣٢.

اما رأي الطب النفسي فان الاطباء يعزون التجارب الجنسية المشوهة لبعض الحالات المرضية التي تؤدي إلى أن يشتبه الشخص في جنسه ذكرا كان او انثى سببا لهذه الاحاسيس، إذ انه قد يمر بتجارب جنسية مشوهة في احدى مراحل التطور العمري التي يمر بها مما قد يرسخ لديه قوانين جنسية خاطئة. طبعا بحسب اعتقاده وميوله، أما الاطباء فهم قادرون على اكتشاف هذه الحالات وتشخيصها، فالشخص الذي يعاني من الاختلاجات النفسية هذه يتوجب على الاطباء علاجه بالطرق النفسية المؤدية الى احباط التشوهات النفسية هذه وقتلها.

والاشخاص البالغون الذين يعانون من هذه الاعراض لا يتاثر نموهم الجسمي ومن أعراضه ايضا الشعور بالتعب والنحول فضلاً عن فقدان الرغبة الجنسية[1].

فيعتمد ابتداءً على أحاسيس ومشاعر هذا الشخص معياراً لتحديد جنسه ويستثنى من ذلك الحالات المرضية فيضاف الى إحساس الشخص بالذكورة أو الانوثة الفحص الذي يقوم به الاطباء لتشخيص الحالة اذا كان صاحبها يعاني من الاختلاجات النفسية. وقد كشف الفقهاء المسلمون عن الميول النفسية في أثناء مواصلتهم الجهود للكشف عن جنس الشخص وتحديده على هذا الاساس، وقد ثبت من خلال دراسات علم النفس الكشف عن الناحية النفسية للشخص التي تنبئ عن انوثته أو ذكورته، فقد ورد عنهم ان الخنثى المشكل يعول على اقرارها لتحديد جنسها، وفي ذلك اراء كثيرة لا مجال لذكرها خشية الاسهاب . فاقرار الخنثى يتم الاعتماد عليه كونها أعلم بحالتها . فيكون ذكر ان جامع بذكره وخرجت له لحية وامراة ان كان لها ثديان ونزل منها اللبن ورأت حيضا كما ترى النساء[2].

يتبين من كل ما تقدم في مجال تحديد جنس الانسان أن كلاً من هذه المعايير يكمل بعضها الاخر فالاعضاء لها صورة واضحة وقاطعة لا لبس فيها لتحديد جنس الشخص ونعتقد من الافضل ان يتم الاعتماد على هذه المعايير مجتمعة وتكون الكلمة الفصل في هذا المجال لاهل الخبرة الفنية وهم الاطباء وذوي الاختصاص في المجالات المختبرية بما في ذلك اعتمادهم على الوسائل الطبية اللازمة لإعطاء الرأي العلمي المتوافق وحالة الشخص .

---

(1) John Macleod – davidson's principles and practice of Medicin – Thirteenth edition – Churchill livingstone – edinburch London – Melbourne and New York . 1981 (Psychiatry) P. 777 and 498.

(2) د. احمد محمود سعد – تغيير الجنس بين الحظر والاباحة – دراسة مقارنة – الطبعة الاولى – دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع ١٩٩٣ ص٣٠٣.

الفرع الرابع

الموقف الشرعي والقانوني من تحديد الجنس

على الرغم من المعايير السابقة الخاصة بتحديد جنس الانسان، فان للشريعة الاسلامية الغراء موقفا منيا وكذلك لذوي الاختصاص من الاطباء وما يكمل عملهم من اهل الخبرة في المجالات المختبرية رايا فيه بالاستناد إلى القوانين والتعليمات ذات العلاقة بمهنهم لذلك سنعرض الموقفين تباعا.

اولا – موقف الشريعة الاسلامية من تحديد جنس الانسان

لابد من التطرق ابتداءً إلى الانسان والطبيعة الواحدة لكلا الجنسين في الشريعة الاسلامية الغراء الذكر والانثى فانه مركب من خلق محمود يشبهِ بها الملك [1]. وما يؤيد ذلك قوله تعالى (إِنْ هَذَا إِلَّا مَلَكٌ كَرِيمٌ) [2]. اما كون الطبيعة واحدة لكلا الجنسين فهي تتجلى في انه سبحانه وتعالى وهب النساء كما وهب الرجال ومنح كلاً منهم المواهب التي تكفي كل منهما تحمل المسؤوليات التي على أساسها يستطيعان القيام بالتصرفات الانسانية العامة والخاصة [3]. وكون الذكر والانثى يمثلان قوام الحياة الانسانية وسبب عمران الكون فقد فرض بينهما بواجب مفروض ابتغاء النسل الصالح وقد اورثنا الله تعالى تراث انساني في التناسل وأغلب الاحكام الشرعية جاءت ضمن اطار ذلك[4]. فقد بين القران الكريم أحكام كل من الذكر والانثى وجاءت الايات الكريمة مبينة لذلك ومنها قوله تعالى (يَهَبُ لِمَن يَشَاءُ إِنَاثاً وَيَهَبُ لِمَن يَشَاءُ الذُّكُورَ . أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَاناً وَإِنَاثاً وَيَجْعَلُ مَن يَشَاءُ عَقِيماً) [5]. وقوله عز وجل (وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالاً كَثِيراً وَنِسَاءً) [6]. وقوله جل وعلا (يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوباً وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللهِ أَتْقَاكُم) [7].

وهذه الاحكام لم تبين من هو الذكر ومن هي الانثى مما يعني انهما وصفان مختلفان وتدل ايضا على انهما لا يجتمعان وهما متضادان وان علامات التمييز بينهما العضو المخصوص بكل

---

[1] ابي عبدالله الازرق – بدائع السلك في طبائع الملك – تحقيق د علي شامي النشار – منشورات وزارة الاعلام – سلسلة كتب التراث – العراق – ١٩٧٧ ص٤١٩.

[2] سورة يوسف / الاية ٣١ .

[3] محمد شلتوت – من توجيهات الاسلام – الطبعة السابعة – دار الشروق – ١٩٨٣ ص١٧٧.

[4] د . شوكت عليان – موانع النكاح في الاسلام – مطبعة الجامعة – بغداد ١٩٨٠ ص٧ .

[5] سورة الشورى / الاية ٤٨-٤٩ .

[6] سورة النساء / الاية ١.

[7] سورة الحجرات / الاية ١٣.

منهما. فان كانت تلك العلامات تلحقه بالذكور فذكر. وان كانت تلحقه بالاناث فانثى. وحدد فقهاء الشريعة الاسلامية علامات تميز بين الذكر والانثى، منها ما يكون قبل البلوغ ومنها ما يكون بعده[1]. وهناك قول للشافعي رحمه الله ان الذكر يبول من حيث يبول الذكر فهو رجل ويتزوج امراة وان كان يبول من حيث تبول الانثى فهي امراة وتتزوج رجلاً ، وان كانت خنثى مشكل لم يتزوج قيل له انت اعلم بنفسك فايهما شئت انكحناك وعليه لا يكون لك غيره أبداً ، فهذا دليل على أن الفقهاء اعتمدوا المعيار النفسي في تحديد الجنس حيث يظهر من القول المذكور أنفاً انه يعتمد على ميله ورغبته عند عدم الوضوح في تحديد جنسه[2].

اما العلامات التي تلحقه بالذكور او بالاناث فهو ايضا دليل على ان الفقهاء المسلمين اعتمدوا معيار العلامات الظاهرة والباطنة فضلاً عن أعتمادهم المعيار النفسي في تحديدهم لجنس الانسان.

إذ أورد فقهاء الشريعة أن تحديد الذكر والانثى وفقا لمبال كل منهما وهذا بلا شك يخص الاعضاء التناسلية الذكرية والانثوية ، فاذا ظهر للشخص شارب واشتهى النساء وأمنى ووصل النساء فهو ذكر، أما اذا ظهر له الثديان وحاض واشتهى الرجل فهي انثى ولا شك[3].

اما فيما يخص العلامات الخاصة بالذكر والانثى قبل البلوغ وبعده فنرجئ الحديث عنها في هذا الموضع إذ سنتطرق اليه في نهاية هذا الفصل بمناسبة بحث موضوع الخنثى المشكل .

وبالنسبة للمعيار البيولوجي فان الثابت ان الفقهاء لم يتطرقوا اليه لان العمل به ضمن العلوم الطبية والفحوص المختبرية والتحليلية وهذه ظهرت تقنياتها حديثا ولم تكن موجودة سابقا .

لذلك فقد اهتمت الشريعة الاسلامية غاية الاهتمام بالنفس والجسد ذلك لان كلاً منهما يعود بالخلق الى الله سبحانه وتعالى وتكوين كل منهما على هيئة معينة امر يتعلق بالخالق وليس لارادة الانسان دخل فيه فهو خارج عن ارادته .

هذا وان رجال الفقه الاسلامي وكذلك أهل الطب والقانون يعترفون للعامل النفسي وانفعالاته بتاثيره العجيب في شفاء الامراض إذ إن الكثير من الحالات قد يكون المرض جسمانيا وأسبابه تكون نفسية مما دعا إلى التزام الطبيب بتبصير المريض بمخاطر النشاط الطبي الذي يروم

---

(1) محمد زيد الابياني – شرح الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية – ج٣ – مكتبة النهضة بيروت بغداد – بدون سنة طبع ص١١٩.

(2) الشافعي محمد بن ادريس – الام – كتاب مختصر المزني – الطبعة الثانية – الجزء الثامن – دار المعرفة بيروت ١٩٧٣ ص١٧٨ .

(3) ابو اليقظان عطية الجبوري – حكم الميراث في الشريعة الاسلامية – الطبعة الاولى – دار حنين – جامعة اليرموك ١٩٩٥ ص ١٩٢.

اجراؤه للمريض، إذ إن ذلك يعزى الى تاثير العامل النفسي للمريض ومدى تاثيره في الجانب العلاجي مما دعا الاطباء الى هذا الالتزام وبالحدود التي تسمح بها حالة المريض النفسية[1]. عليه ولما تقدم فان فقهاء شريعتنا الغراء اعتمدوا المعيارين النفسي ومعيار العلامات الظاهرة والباطنة في تحديد جنس الانسان .

ثانيا : الموقف القانوني من تحديد جنس الانسان

يتخذ ذوو الاختصاص من الاطباء والفنين في المجالات المختبرية خطا يتناسب والدقة المطلوبة منهم في اعتمادهم للمعايير المتبعة لتحديد نوع الجنس. وهذا الخط يكون ضمن اطار التعليمات واللوائح الخاصة باصول مهنة كل منهم وضوابطها المتوافقة والقوانين الصادرة والنافذة المفعول، فمن النظرة الاولى للتعليمات الصادرة من وزارة الصحة العراقية[2]. والخاصة بمرضى اضطراب الهوية الجنسية Transexualism ، فان المعايير المتطلب اعتمادها واجراؤها للشخص هي معيار العلامات الظاهرة والباطنة والمعيار البايولوجي وكذلك النفسي. إذ يتطلب الامر من مقدم الطلب ان يجرى فحصاً سريرياً ظاهرياً للاعضاء التناسلية الخارجية وآخر للاعضاء التناسلية الداخلية بجهاز الرنين المغناطيسي والفحص بالامواج فوق الصوتية وذلك لتحديد نوعية الغدة التناسلية يخضع المريض أيضاً الى فحص الهرمونات التي تفرزها الغدة النخامية الخاصة بافراز الهرمونات الذكرية والانثوية[3].

وكذلك فحص الصبغيات الوراثية (الكروموسومات) وهي الخاصة بتحديد الجنس الوراثي وايضا يجرى للمريض في اضطراب الهوية الجنسية تقييما نفسيا إذ إن من أعضاء اللجنة المسؤولة عن دراسة الطلبات المقدمة بهذا الخصوص الطبيب النفسي وآخرون في جراحة المجاري البولية والنسائية والتوليد واختصاصي في الوراثة الخلوية، ويتضح من ذلك أن الاطباء وذوي الاختصاص من أهل المهن الطبية وما تتطلبه التعليمات والضوابط يعتمدون على المعايير مجتمعة لتكون اراؤهم دقيقة ومتوافقة والرأي الصحيح المطلوب.

ومن الامور المستقرة في المجال الطبي (ان تحديد الجنس عند الرجل من فحص نوايا الخلايا وعند الجنس النسائي استناداً الى نسبة مهمة في تلك النوايا التي تشير الى وجود خلية جنسية تميزها مجموعة من الكروموسومات تطبق ضد التفاعل النووي) وهذا التحديد يترجم الجنس العضوي أي جانب المسالك التناسلية خصوصا وهي الاكثر تحديداً او تاكيدا لاختلاف الجنس.

---

(1) د. الشهابي ابراهيم الشرقاوي – المرجع السابق – ص١٣٣.

(2) التعليمات ذي الرقم ٤ لسنة ٢٠٠٢ المنشورة في الوقائع العراقية – العدد ٣٩٥٧ بتاريخ ٢٠٠٢/١١/١٨ – ص ٥٨٠.

(3) John Macleod . Op. Cit . P496

فطبيعة الغدة التناسلية لدى الشخص تتبع من الناحية البايولوجية معيار تحديد الذكورة والأنوثة، فمثلا وجود الخصيتين دليل كاف على ان التكوين البايولوجي للشخص ذكري ولذلك فان هذا المعيار يعكس الحقيقة الجنسية للشخص في تحديد جنسه اعتمادا على الاعضاء البايولوجية المكونة للجنس[1]. ويتضح مما تقدم أن المعيار الاكثر اعتمادا هو المعيار البايولوجي مع الاخذ بنظر الاعتبار الاعضاء التناسلية الداخلية والخارجية أي الظاهرة والباطنة وذلك يتم مختبريا وعبر فحوصات سريرية. لذلك فان المعول عليه هي المعايير مجتمعة خصوصا في حالات يتوافر فيها اللبس ويكتنفها الغموض ولتمكين اهل الخبرة من اعطاء نتائج سليمة وواضحة فانه يعتمد على المعايير جميعا.

المطلب الثاني
معنى تغيير الجنس

لغرض الالمام بجوانب هذا الموضوع وصولاً لبيان معناه سيتم التطرق الى معنى بعض المفردات قدر تعلق آمرها بالحالة موضوعة البحث.

التغيير في اللغة : غيرت الشيء فتغير، وقال الكسائي هو أسم مفرد وجمعه اغيار، وتغايرت الاشياء اختلفت[2].

وغير الشيء : حوله وبدله بغيره، جعله غير ما كان، غايره غيارا ومغايرة بادله، خالفه كان غيره، والغير الاسم من غير ، تغير الحال وانتقالها من الصلاح الى الفساد[3].

اما الجنس ، يمثل ضرب من كل شيء ، وجمعه (اجناس) وهو أعم من النوع فالحيوان جنس والانسان نوع وحكي ان هذا يجانس هذا أي يشاكله[4].

فالجنس المقصود به هنا هو جنس الانسان ذكر كان او انثى مما يعني انه يمثل الذكورة والانوثة، فاذا تم التزاوج بين الذكر والانثى تمت تسميتها بـ (الزوجين) والزوجية هذه موجودة في المخلوقات جميعا كما اخبرنا الله تعالى بقوله (وَمِن كُلِّ شَيْءٍ خَلَقْنَا زَوْجَيْنِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ)[5].

عليه فان لمصطلح الجنس معنيين ، الاول يشير الى الهوية الجنسية الذكرية والانثوية وهو قرار وراثي يتعين عند التحام الحيمن بالبويضة ، اما الثاني فيشير الى النشاط النفسي الذي يؤدي

---

[1] د. احمد محمود سعد – تغيير الجنس بين الحظر والاباحة – المرجع السابق – ص٢٧٨.

[2] محمد بن ابي بكر الرازي – مختار الصحاح – مكتبة النهضة – بغداد – ١٩٨٣ ص٤٨٦ .

[3] فؤاد افرام البستاني – منجد الطلاب – الطبعة الاولى – دار الشروق – بيروت ١٩٨٦ ص٥٣١.

[4] احمد بن محمد بن علي الفيومي – المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي – الجزء الاول – مطبعة مصطفى البابي الحلبي واولاده بمصر – بدون سنة طبع – ص١٢١.

[5] سورة الذاريات – الاية ٤٩ .

الى الاتصال الجنسي المباشر وفي الوقت نفسه يؤلف الخطوة الاولى التي تؤدي الى التكاثر، بمعنى ان تكون هناك فرصة للجمع بين حيمن الذكر وبويضة الانثى ليحصل على اثرها عملية الاخصاب، وهذا محصور في الانسان لمقتضيات هذا البحث والعلم الذي يعنى به هو علم الجنس (Sexology) [١].

إذ إن الله تعالى خلق بني آدم متناسلين جاء بعضهم من بعض ، فكان الذكر والانثى وقد القى الله سبحانه وتعالى في قلوبهم المحبة التي أعجزتهم عن اجتناب الشهوة فساقتهم الشهوة المفطورة في خلقهم الى الاجتماع والتزاوج بين الذكر والانثى[٢]. اما بخصوص فعل تغيير جنس الانسان فقد عرفه بعض الفقهاء بأنه التغيير الحاصل للشخص الذي يجعله على هيئة وشكل لجنس معاكس لجنسه المفطور عليه ، فهي حالة يجريها الاطباء او هي عملية مسخ يتم فيها استئصال وطمس المظاهر الجنسية الحقيقية للشخص واصطناع مظاهر للنوع الاخر ، والتغيير يكون ظاهرياً فلا يكتسب هذا الشخص الصفات الحقيقية للنوع الاخر والتي على اساسها يصبح احد افراده فهو لا يكون كذلك إذ ان هذه العمليات في حقيقتها عمليات مسخ محرمة[٣].

إذ يتم تجاهل التركيب البايولوجي للشخص الذي فطره الله عليه الى شخص اخر مسخ، فالذكر يمكن ان يكون انثى بتداخل جراحي وكذلك الانثى الى ذكر وهي تكون بدون ضرورة طبية تدعو لها.

وقد نصت المادة ٤٥/ الفقرة الثالثة منها من القانون ذي الرقم ٥٨ لعام ١٩٩٤ الصادر بتاريخ ٢٢/ ايلول/١٩٩٤ في ولاية نيو ساوث ويلز على انها (العملية الطبية التي تقتضي تحويل مظهر العضو التناسلي الى الجنس المعاكس لجنس الشخص – ومن ممارس طبي)[٤].

اذن نستطيع القول بان تغيير الجنس هو رغبة غير مبررة لافراد عاديين ، تكوينهم البدني سليم وكامل من الناحية التكوينية التي فطروا عليها – تظهر لديهم حسب قناعتهم الميل للتغيير الى الجنس الاخر ، فيشرعون بطلب تغيير شكلهم الى هيئة الجنس الاخر واضعين لانفسهم مسوغات لا تمت لواقعهم بأية صلة بغية انتشار هذه اللوثة، وتلاقي هذه الرغبة ايجابا من قبل بعض الاطباء فتلبى هذه الطلبات عن طريق تداخل جراحي. وسميت لوثه بعد ان انتشرت انتشارا مفزعا وقام

---

[١] د. علي الامير – الجنس بين النفس والفسلجة – الجزء الاول – ط١ – دار الشؤون الثقافية العامة – بغداد ٢٠٠٠ ص١٣ .

[٢] ابو حامد الغزالي – الحكمة في مخلوقات الله – تحقيق الدكتور رشيد رضا – دار احياء العلوم – بيروت – ١٩٨٤ – ص ٥٦ .

[٣] د. الشهابي ابراهيم الشرقاوي – المرجع السابق – ص ١٧ .

[٤] امل فاضل – المرجع السابق – ص١٦٠ .

الاطباء بتنفيذ هذه الرغبات الشاذة واضعين بعملهم هذا اطراً لها وتجرى هذه العمليات بدون أي ضرورة طبية لاجراء التداخل الجراحي هذا[١].

وهناك رأي اخر يذهب الى أنه التغيير الذي يجريه بعض الاشخاص، الذين يرومون تغيير جنسهم لمجرد المزاج الشخصي ويصفه بانه تغيير جنس لمجرد المتعة او لمجرد دوافع شخصية، ويستطرد بانه لا يحق لهم المساس بالجسد الذي له قدر كبير من الحرمة المطلقة في جميع الشرائع ومنها شريعتنا الغراء التي تحرم مثل هذه الافعال ولا تقرها. ويعد هذا الموضوع مرفوضا من أساسه لانه تغيير في الخلقة الطبيعية لبني البشر[٢].

وبنو البشر هم الذكر والانثى، لكن من هو الذكر ومن هي الانثى؟ ولكي يحدد كلا منهما لتعلقهما بمنهج البحث حصرا نورد انه يستثنى من ذلك المصابون بالامراض التي تصيب الخلقة كما في الخنثى واضطراب الهوية الجنسية ومنها أمراض اخرى تسوغ حالاتها اجراء التداخل الجراحي كما سيتم بيانه.

فالذكر كامل الذكورة جسديا ونفسيا هو من كانت خلايا جسده تحوي على الكروموسوم الذكري (XY) وله خصيتان، والاعضاء التناسلية الداخلية ذكرية والخارجية كاملة النمو، ويشعر بالاضافة لذلك انه رجل يعيش ويتعامل كذلك مع الاخرين، حينئذ يعطى الشخص المسمى هذا، أما الانثى كاملة الانوثة جسديا ونفسيا هي من كانت خلايا جسمها تحوي على الكروموسوم الانثوي (XX) ولديها مبيضان والاعضاء الداخلية انثوية والاعضاء التناسلية الخارجية كاملة النمو. او ان كلا منهما ناقصا قابلا للتحريض من قبل هرمون ذكري بالنسبة للذكور وهرمون انثوي بالنسبة للاناث[٣].

وقد شاعت هذه العمليات في كثير من البلدان المتقدمة شيوعا لافتاً للنظر. وقد يكون هذا الكلام ضربا من الخيال لكن حدوثه يوميا في بلاد الغرب بدأ يفد الينا في بلادنا، فقد تمت هذه العمليات في العديد من الدول العربية مثل المغرب وتونس ولبنان ومصر. وفي احد المستشفيات الخاصة في مدينة جدة بصورة سرية أيضاً وقد اعلن عنها الطبيب الذي أجرى العملية مدافعا عن إجرائه هذا بقوله ان تحديد الجنس لا يبنى على العوامل البايولوجية فقط او العلامات الظاهرة والباطنة للاعضاء التناسلية ولا حتى الكروموسومات وانما يعتمد ايضا على الرغبة النفسية التي

---

[١] د. محمد علي البار – بحث لوثة تحويل الجنس – المتاح على الموقع الالكتروني www.khayma.com في ٢٠٠٢/١١/٧ ص١.

[٢] محمد المحجوب الطريطر – حول تغيير الجنس بين القوانين الوضعية والشريعة الاسلامية – مجلة المامون السورية – العددان ٧، ٨، السنة ٦٦/ ٢٠٠٢ – ص٦٣٣.

[٣] د. الشهابي ابراهيم الشرقاوي – المرجع السابق – ص٣٩.

يجب ان نوليها الاهتمام وانه قادر على حد قوله ان يجعل من الذكر انثى والعكس اذا ما طلب منه ذلك فيمكنه تحقيقه[1].

والادهى من ذلك فان بلاد الغرب يروجون لذلك الموضوع ويعـــدون ان الادوار الجنســية التي يمر بها الشخص اجتماعية المنشا ، حتى ان الكثير من كتاباتهم ذهبت الى اعتبار التغيير في الجنس يتم على اساس الـــ Gender أي العنصر الاجتماعي. فيذهب البعض منهم الى التساؤل عن المبررات الطبية اللازمة لاعطاء هذا الشخص الهرمونات المعاكسة لجنسه او خضوعه لاجــراء عملية تغيير لاعضائه الجنسية. وتساؤل آخر حول المسوغ القانوني اللازم الذي يســمح بـــالتغيير على اساس الـــ Gender والاجابة بحسب رأيهم هو أن الأسس الطبية والقانونية للتغييـــر تكـــون حسب المفهوم الاجتماعي لتغيير الجنس أي بحسب المتغييرات الاجتماعية لتغيير الــــ Gender ونتيجة التطبع والتكيف [2].

فهناك بهذا الخصوص حادثة تفند ما ذهب اليه الغرب في ان الادوار التي يمر بها الشخص هي اجتماعية المنشأ أو نتيجة التطبع ، ففي عملية ختان مغلوطة اجريـــت لاحـــد الاولاد خلفـــت وراءها قضيباً أصابه تلف بجزء كبير منه، فقرر الاطباء تغيير جنس الولد الى فتاة فاجريـــت لـــه عملية اخصاء وبعلاج هرموني معين أصبح هذا الفتى فتاة، واصبحت ترتدي الفســاتين وتلعـــب بالدمى ومن ثم ترعرعت على هذا الاساس واصبحت شابة وبعدها وبحملة دعائية قادها عالم نفسي روجها وأفاد خلالها ان الفتاة متكيفة جدا مع حالتها الجديدة بحسب قوله وانها تضع حدا لكل تخمين فالادوار الجنسانية اجتماعية المنشا.

بعد ذلك قام أحد الرافضين لهذه الفكرة تتبع حالة الفتاة وكان ذلك بعد مدة من تلك الحملـــة الدعائية فوجد ان هذا الشاب اكتشف حالته بعد أن رواها له والده فرر على اثرها ازالـــة أثدائـــه والتوقف فورا عن تناول الهرمونات وعاد الى طبيعته كولد وأصبح يرتدي ملابس الشـــباب التـــي كان يحس باعماقه ان شيئاً ما ينقصه بهذا الخصوص وهي لبس وتصرفات الصبيان وبعدها تزوج من أمراة بعد أن تبنى اطفالها[3]. ويدل هذا المثال ان الطبع هو الذي يلعب الـــدور فـــي التنشـــئة الجنسية وليس التطبع وبذلك يفند ما ذهب اليه الغربيون حيث ان تصرفات كل من الذكر والانثـــى تكون عل اساس فطري.

---

[1] د.محمد علي البار – المرجع السابق – ص٢.

[2] Suzanne j. Kessler and wendy Mckenna – Gender an Ethnomethodological Approach . copyright by john wiley and son's , Newyork , 1978 P. 116

[3] مات ريدلي – المرجع السابق – ص ٢٥٣ و ٢٥٤ .

المطلب الثالث

كيفية تغيير جنس الانسان

وبعد انتشار حالة تغيير الجنس انتشارا واسعا التي معها صارت الرغبة النفسية في الجنس المطلوب من اهم العوامل لتحقيقه، هذا طبعا مع التجاهل التام للتركيب البايولوجي للكائن البشـري المفطور عليه وتغييره ظاهريا الى كائن اخر مسخ تماما.

فان ما يقوم به الاطباء بهذا الخصوص بالنسبة للرجل كامل الرجولة من الناحية البايولوجية هو جب القضيب والخصيتين ويتم ايجاد فرج صناعي (صغير) من بقايا كيس الصفن، كمـا يـتم زرع اثداء صناعية واعطاء وهذا الشخص هرمونات الانوثة بكميات كبيرة حتى يـنعم الصـوت ويتوزع الدهن في الجسم على هيئة الانثى، وعلى الرغم من ان الشكل الخارجي لمثل هذا الشخص قد يخدع الانسان فيظنه بالفعل انثى الا ان التركيب البايولوجي لا يزال ذكراً وان كـان ممسـوخا تماما . وبالتالي لا مبيض ولا رحم ولا يمكن ان تحيض (او يحيض) مثل هذا الشخص حتى انه لا يمكن ان يحمل قطعا[١].

فالمعالجة تتم ابتداءً نفسيا لكي يكتمل شعور وتصرف الشخص كامراة وبعدها يكون العلاج باعطاء الشخص هرمونات انثوية مكثفة. والمدة لذلك سنتان لكي يفقد معها الرجل شـعر جسـمه ولكي ينمو صدره كصدر الانثى وتخف خشونة الصوت. وبعدها وكما افاد الجراحون ان العمليـة تكون لمدة ثمان ساعات تحت المخدر وفيها تستأصل الاعضاء التناسلية الذكرية استئصالاً كـاملاً ويتم حفر حفرة في اللحم بعمق ستة انجات لتكون بمثابة مهبل انثوي[٢].

وفي قضية أخذت صداها في جمهورية مصر العربية لطالب طب الازهر / بنين، المـدعو (س م) الذي اصبح بعد اجراء العملية يحمل الاسم (س) والتي تتلخص وقائعها، فـي ان الطالـب المذكور حصل على تقارير من اطباء اكدوا متابعتهم لحالته. واكدت تلك التقارير ان حالته هي ما تعراف في مجال الطب النفسي والعصبي بـ Transexuality ، وتقرير طبي اخر يؤكد ان حالته المرضية هي انه انثى نفسيا وغير صالح لحياة الذكورة وان العلاج هو اجراء جراحي تجميلـي، وتقرير ثالث أكد فيه ما جاء بالتقرير الاول ووصف الحالة انها معروفة عالميـا وانـه يصـعب علاجها نفسيا حيث انها تبدا منذ الطفولة. وان الجراحة التحويلية يمكن الاستناد اليها لعلاج الحالة. وقد أجريت العملية للطالب في مستشفى الزمالك وبعد ذلك ألفت لجنة من فريق تكون مـن عـدة اطباء لفحص الطالب، وهي بناء على قرار من عميد الكلية لمعرفة تفاصيل العملية وبعد اجـراء

---

(١) د. محمد علي البار – المرجع السابق – ص١.

(٢) مجلة الديوان – العدد ١٧ – السنة الثانية – ابريل – ٢٠٠٢ ص٥٣ – وذكرت المجلة ان العملية هذه اجريت للمهنـدس براين (الذي يعمل بسلاح البحرية البريطانية) وهو أب لسبعة ابناء – وتمت في احد المستشفيات البريطانية .

هذه اللجنة ما طلب منها انتهت الى ان الطالب اجرى عملية دون أية ضرورة طبية تدعو لها، وبموجبها استأصل القضيب والخصيتين واستحدثت له فتحة صناعية خلف فتحة مجرى البول الخارجي بقليل وان الطالب المذكور اصبح نتيجة الجراحة التي اجريت له - ذكرا فاقدا لاعضائه التناسلية الخارجية وانه كامل الذكورة واعضاؤه التناسلية مكتملة النمو كما كانت خصيتاه بحجمهما العادي ومكانهما الطبيعي بكيس الصفن. ولم تكن لديه أية أعضاء تناسلية انثوية خارجية او داخلية وان تشخيصه بانه خنثى يتعارض وما انتهت اليه هذه اللجنة، وانه كان يجب التركيز على العلاج النفسي لا التداخل الجراحي. وعرض الأمر على مجلس تأديب الطلاب بكلية طب الازهر/ بنين، إذ تبين لهم من الاوراق والفحوصات عدم وجود أي اشتباه بالاختلاط بالجنس الاخر ومن الفحص الظاهري ان الاعضاء التناسلية الذكرية كاملة من حيث الحجم والتكوين واكدت الاشعة بالموجات فوق الصوتية وجود غدة البروستات كاملة الحجم والتكوين وعدم وجود رحم او مبيض، اما فيما يخص تضخم ثديي الطالب يرجع الى انه تناول هرمونات الانوثة لمدة طويلة وكل ذلك طبعا ارفقته اللجنة بتقارير طبية تصف حالته بعد العملية الجراحية وقبلها[1].

أما بالنسبة للمرأة كاملة الانوثة من الناحية البايولوجية فانها هي الاخرى تتعرض لتغيير جنسها الى مسخ جديد يشبه الرجل في شكله الخارجي وحسب رغبتها النفسية، إذ يقومون باستئصال الرحم والمبيضين ويقفلون المهبل ويصنعون لها قضيبا اصطناعيا. كما يقوم الاطباء باستئصال الثديين واعطاء المراة كميات من هرمونات الذكورة بكميات كبيرة لتجعل الصوت اجشا ومعها يمكن ان ينمو شعر الجسم بصورة قريبة من الرجل وكذلك العضلات فبذلك تتحول المراة الى ما يشبه الرجل في ظاهره ويستطيع هذا الكائن ان يجامع لكن بدون قذف للمني[2]. هذا وقد اورد جانب من الفقهاء[3]. امثلة لجراحات تغيير الجنس وقد وصفت وصفا دقيقا يتلاءم وما اقدموا عليه هؤلاء وهو جراحات المسخ المحرمة والغرض من ذكرها هو لتبيان الى أي مدى يحدث التلاعب والعبث بخلق الله في تلك الجراحات، ومنها ما حدث للتوأم الامريكي كارولين ومارين، حيث شعر كلاهما بالغضب والاشمئزاز حين بدت عليهما اعراض الانوثة فاصبحا يلبسان الملابس الواسعة لاخفاء مظاهر جسديهما فقررا في سن العشرين اجراء عملية جراحية فخضعا للعلاج النفسي لتهيئتهما اجتماعيا لحياة الذكور لمدة عامين، ثم علاج بالهرمونات الذكرية وبعدها اجريت لهما

---

(1) د. احمد محمود سعد - تغيير الجنس بين الحظر والاباحة - المرجع السابق - ص٩٥ وللمزيد من الافادة راجع د. محمد علي البار - المرجع السابق - ص١ ومابعدها و د. الشهابي ابراهيم الشرقاوي - المرجع السابق - ص ٢٦٤ ومابعدها.

(2) د. محمد علي البار - المرجع السابق - ص٢.

(3) د. الشهابي ابراهيم الشرقاوي - المرجع السابق - ص١٧١.

عمليــة استئصــال الثديين وفي العام التالي تم استئصال الرحم والمبيضين وسميا نفسيهما (مايكل ومارك) وتزوج كل منهما مرة وانتهت العلاقة الزوجية بالطلاق الودي وذلك بسبب طبيعتهما غير المكتملة .

المبحث الثاني
تمييز تغيير الجنس مما يشتبه به

لكي نستطيع ان نضع حدودا فاصلة بين تغيير الجنس الظاهري للانسان، هذه الرغبة غير المبررة في تغيير الشخص لجنسه على نحو معاكس لما هو عليه في حقيقته الجنسية وما ينتج عن ذلــك هو الكائن الممسوخ تماما، وبين حالات اخرى تتشابه معها كحالة الشذوذ الجنسي وهل تعد حالــة التغيـــير صورة من الصور الخاصة بالشذوذ أو انها تعد مظهرا من مظاهرها وكذلك.حالة تصحيح جنس الانسان التي تجرى لمرضى اضطراب الهوية الجنسية Transexualism وهي تبيح الضرورة الطبية فيها اجراء التداخل الجراحي، وحالة الخنثى التي تجرى له الجراحات الطبية من أجــل الــتحويل الى الجنس الغالب واظهاره فيه. وللخصوصية التي يتسم بها الموضوع من ناحية أيضاح الرأي فيه وفقا لرؤية القانون الجنائي خصوصا مع عدم وجود دواع طبية لاجراء التداخل الجراحي فيها اقتضى التمييز بينها وبين تلك الحالات وسيعالج ذلك ضمن ثلاثة مطالب متتابعة.

المطلب الاول
الشذوذ الجنسي

أبــتداءً لا بد من بيان معنى الشذوذ الجنسي Sexual Pererssions فهو يمثل تنبه الغريزة الجنســية واطفـــاء الشهوة بصورة غير طبيعية ويسميه البعض ضلال الشهوة او انحرافها، إذ إن القوى الجنسية تتنبه بغير المنبه الطبيعي أي بغير الجماع بين الرجل المرأة [١].

يصطلح عليه ايضا (باشتهاء الجنس الاخر) ويكون الشخص ذا شذوذ جنسي وله كذلك ولع جنسي باشخاص من نفس جنسه . فهو انجذاب جنسي نحو شخص من ذات الجنس خارج السلوك الطبيعـــي او السوي وغالبا ما يرتكب هذا الفعل من الذكور الشاذين فيسمى الفعل بـــ فعل اللواط. ويمكــن ان نعــرفه بصــورته التقلــيدية وكونــه (جريمة ضد الطبيعة) فيتضمن الجماع الجنسي للمخلوقـــات البشرية بطريقة غير الطريقة الطبيعية وانه يقع بين ذكرين او انه يقع بين ذكر وانثى وهنـــاك طرق اخرى له تقع مع الحيوانات او البهائم، لكن لسنا بصدد مناقشة ذلك إذ تكفي الاشارة اليه لأنه من قبيل انواع الشذوذ الجنسي [٢].

---

[١] د. وصفي محمد علي - المرجع السابق- ص٣١٥.

[٢] د.محمــد يوســف النجار وجارلس أي اوهارا وغريغوري ال اوهارا - اسس التحقيق الجنائي القسم الخاص - التحقيق بجرائم معينة - ج٢- ترجمة نشات بهجت البكري - مطبعة التعليم العالي ١٩٨٩ ص٢٩٣.

اما اذا ارتكب الفعل الاناث الشاذات فانه يسمى بـ السحاق. والمساحقة، وهي من المصطلحات المستعملة في لغتنا العربية وتدل على ممارسة الاناث للعلائق الجنسية مع مثلهن أي انها الجنسية المثلية الاناثية Female Homosexuality ومصطلح الجنسية المثلية Homosexuality يشير الى العلاقة الجنسية بين شخصين من جنس واحد. وهي ببساطة سميت بالمثلية تعريفا لها وتمييزا من العلاقة الطبيعية بين جنسين مختلفين، فانها تعد انحرافا او شذوذا عن العلائق الطبيعية فإذا أردنا التمييز بين العلائق الطبيعية وغير الطبيعية فمن الافضل تتبع التعريف التقليدي للجنس الطبيعي حرفيا والذي يشترط في الجنس الطبيعي وجود دافع جنسي طبيعي، له هدف طبيعي يتم اشباعه بطريقة طبيعية. والهدف الطبيعي هو الحصول على اللذة الجنسية عن طريق الاتصال الجنسي المباشر بالجنس المعاكس[١]. فالشذوذ الجنسي تغيير اتجاه الرغبة الجنسية او ظروف تحقيقها، فعندما تكون بين الذكور (اللوطية) فتتغير اتجاه رغبتهم الجنسية نحو نفس جنسيم. اما ممارستها من قبل الاناث فهي (السحاق) وتعني ممارسة الانثى الجنس مع انثى اخرى[٢].

ولغرض الايضاح ساتطرق باختصار في الأفرع الاتية الى اسباب الشذوذ وصوره في الاول اما الفرع الثاني فسيكون لموقف الشريعة الاسلامية الغراء من الشذوذ، لتكن الصورة واضحة ولغايات التمييز بين هذه الحالة وما نحن بصدد بحثه والذي سيكون موضوعاً للفرع الثالث من هذا المطلب.

الفرع الاول

اسباب الشذوذ وصوره

أجمع الباحثون والعلماء إن اسباب الشذوذ الجنسي في الذكر والانثى واحدة وهي اما ان تكون فطرية (بيولوجية) واما ان تكون لاسباب اجتماعية (بيئية) وان هذا الجدل بين العلماء كان حتى اواخر القرن التاسع عشر اما الاتجاهات العلمية الحديثة في وقتنا الحاضر تشير الى ان اسباب هذه الظاهرة هي تفاعل العاملين معا في اثناء نمو الفرد العقلي والعاطفي داخل مجتمعه. وان تغلب احد العاملين يعتمد على ظروف تنشئة الفرد قبل وصوله سن النضوج[٣].

وللشذوذ الجنسي ايضا صور اجمع عليها العلماء والباحثون ، وسأتناول في هذا الفرع وضمن فقرتين الاولى أسبابه والثانية صوره.

---

[١] د. علي الامير – الجنس بين النفس والفسلجة – ج٢ دار الشؤون الثقافية العامة بغداد ٢٠٠٠ ص١٥٢.

[٢] حسين سليم – المرجع السابق – ص٢١٩ .

[٣] د. علي الامير – المرجع السابق – ج٢–ص١٦٨.

اولا. اسباب الشذوذ الجنسي

ان الباحثين قد اعطوا اسبابا في تفسير الانحراف وابتعاده عن المألوف ومعظم هذه الاسباب تقع في مجالين اساسيين الاول البايولوجي والثاني البيئي ضمن نظريات نقدمها باختصار:

أ.النظريات البايولوجية

افــاد الباحــثون ان هناك اختلالاً في الكروموسومات في فترة ما في العمر الجيني للفرد. واخرون رأوا انها تعزى الى نقص في الاندروجين في الذكر والزيادة منه في الانثى، وان ذلك لا يجــد مــا يدعمه بدليل قطعي خصوصا ان المحاولات العلاجية لتعديل نسبة الهرمون بغيه تحقيق التوازن الهرموني لم تؤد الى تحويل حياة المنحرف هذا الى المجرى الطبيعي وانه لا وجود لفارق هرموني في الذكور والاناث لممارسي العلائق الجنسية الطبيعية من غير الطبيعية.

ويــرى بعض الباحثين ذوي الاختصاص ان فعل الهرمونات المؤدي الى هذه الانحرافات يحــدث معظمــه فــي الفترة الجينية من النمو ويستمر بعد الولادة بمدة قصيرة وانه يولد الخلفية البايولوجــية التي تمهد لهذه الانحرافات. بعد ذلك ان هذه الابحاث دلت على وجود ارتباط ملحوظ بيــن الاتجــاه الجنســي ومعالم الشخصية بحدود ما نسبته ٠,٥ و ٠,٦ عما يقرر وجود العنصر الوراثــي لهــذا الاتجاه ويعزي الباحثون هؤلاء الى ان الوراثة تزود نصف الاتجاه نحو الجنسية المثلية ونصفها الاخر يعزى للمجال البيئي[١] الذي سياتي بيانه في الفقرة الاتية.

ب.النظريات البيئية:

معظــم النظريات تتجه الى ان هذا النوع من الانحراف يجد اصوله في الطفولة وتجاربها وان الــتجارب الجنسية المبكرة للطفل ترسم مسار اتجاهه نحو الممارسة الجنسية في المستقبل لكن اصحاب هذه النظرية لاقوا انتقادات جاء مجملها ما يدحضها في ان هذا الانحراف موجود وواسع الانتشــار عــند الاطفال وهي تعد اول تجاربهم الجنسية لكن مع ذلك نسبة قليلة منهم يبقون على ممارســتها عند الكبر، وهناك من النظريات ما اشار الى طبيعة العلاقة بين الطفل او الحدث وبين والديــه وخاصــة الأم. ومنها ايضا يشير الى ان الهوية الجنسية التي يتخذها الفرد أساسا لتعامله الجنسي فهي تتكون وتتاثر في تكوينها بالفطرة الاجتماعية للطفل او الحدث النامي ومنها ما يشير ايضــا الى التجارب الحياتية التي يتطبع عليها[٢]. هذا وان العلماء الذين يغلبون العوامل البيئية لا يــنكرون أن هناك حججا وادلة تنفي تاثيرها وتقلل من اهميتها ذلك ان تاثير تساهل الام مع سلوك

---

(١) د. علي كمال – المرجع السابق – ص٢٤٨.

(٢) د.علي الامير –ج٢– المرجع السابق–ص١٦٩ وللمزيد انظر د.علي كمال – المرجع السابق ص ٢٤٩ .

ابنها ومع وجود اب صلب يحاسب ابنه على كل شيء صغيرا كان او كبيرا طالما انه سلوك غير طبيعـــي . وأحد الابحاث في هذا المجال اثبت ان ٧٠% من ممارسي الجنسية المثلية كانت تنشئتهم فـــي مـــثل هـــذا الجو العائلي [١]. ونرجح ما ذهب اليه أصحاب الاتجاهات الحديثة من ان اسباب الشذوذ الجنسي تعزى لتفاعل الاساسين البايولوجي والبيئي معاً.

ثانيا. صور الشذوذ الجنسي

للشذوذ الجنسي صور عديدة نذكرها وفق الترتيب الاتي:

أ. الاستمناء Masturbation ويسمى ايضا بالاستنزال Manipulation وهو الدعك باليد او ببعض الاصـــابع للقضـــيب بالنسبة للذكر او البظر او الشفرين بالنسبة للانثى وهو وما يسمى بالعادة السرية[٢]. ويعني ايضا الهياج الجنسي المصطنع بعيدا عن الجماع[٣].

ب. الجنســـية المثلـــية او اشتهاء المماثل او الاورانية Uranisim وهو اطفاء الشهوة الجنسية بين شخصين من جنس مماثل كما بين.

ج.الفتشية Fetishism وهي تهيج الغريزة الجنسية اثر النظر الى اعضاء الجنس الاخر.

د.اللعق او اللحس او الاستحلاب Fallatio وهو اطفاء الشهوة الجنسية بلحس الرجل البظر او شفر المراة او استحلاب المراة لقضيب الرجل مصا بالفم حتى يتم الاستنزال.

هـــــ.النرجســـية Necrophilia وهو يكون معجبا بتكوين جسمه ويستمد الشهوة الجنسية منه وهو يتطلع او ينظر الى اجزاء جسمه او تلمسه لها.

و.اشـــتهاء الموتـــى Necrophilia وهو اطفاء الشهوة الجنسية بمضاجعة الميت او النظر الى جثة عارية او مكسوة.

ز.الهيام بالصغار Pederasty – Pedophilia وهو اللواط بالصغار وحتى الاطفال احيانا.

ح.البهيمية Zoophitia وهي مجامعة الحيوانات.

ط.الشهوة باذى Algolagnia وهي التهيج اثر الاعتداء على الغير وقد يصل الى قتل وله صور.

١. السادية Sadism.

٢. الماسوشية Masochism وهو ان يتم الفعل بعد تحمل الاهانة والاذى المادي واستعمال الكلام الـــبذيء[١]. مع ملاحظة ان البعض لا يعد قسم منها من قبيل صور الشذوذ الجنسي لكن المقصود هنا وبايرادنا لها هو ما كان خارجا عن المالوف وعن الطبيعة السوية.

---

(١) د.علي الامير – المرجع السابق –ج٢– ص١٧٠ .

(٢) د. وصفي محمد علي – المرجع السابق – ص٣٨٥ .

(٣) حسين سليم – المرجع السابق – ص ٢٢٢ .

الفرع الثاني

موقف الشريعة الإسلامية من الشذوذ الجنسي

نظرة الإسلام للغريزة الجنسية جاءت متطورة، فهي طاقة خالصة اخذة بنظر الاعتبار المصير الاجتماعي للافراد، فالفرد لا يعيش الا داخل نظام اجتماعي. واي نظام اجتماعي يفرض مجموعة من القوانين والتي بدورها تحدد ما اذا كان استعمال الغرائز قد اخذ وجهته الحسنة ام القبيحة، وبالتالي فان طريقة استعمال الغرائز هي التي تفيد النظام الاجتماعي او قد تضر به وليس الغرائز بنفسها ويترتب عليه ان الفرد في النظام الاسلامي غير مجبر على التخلص من غرائزه او التحكم فيها مبدئيا بل ان المطلوب منه ان يمارسها تبعا لما تفرضه الشريعة الاسلامية من احكام وقواعد[٢]. والشذوذ الجنسي يعد من الجرائم الخلقية التي تعتبر غير لائقة بالنوع الانساني وفطرته التي فطره الله عليها، فهو عدوان ظاهر على الانسانية وخروج واضح عن سنن الله الطبيعية، عليه إسماه الله جل في علاه فاحشة[٣].

فحكم هذه الافعال محرم في الشريعة الاسلامية وهناك استدلال على تحريمها في القران الكريم والسنة النبوية الشريفة.

فاما في القران الكريم: إن الايات جاءت مخاطبة لقوم لوط (أَتَأْتُونَ الْفَاحِشَةَ مَا سَبَقَكُم بِهَا مِنْ أَحَدٍ مِّنَ الْعَالَمِينَ)[٤]. فوجه الاستدلال وصفه ذي العزة لها بالفاحشة فتدخل في عداد الفواحش التي حرمها الله سبحانه وتعالى ما ظهر منها وما بطن. وكذلك قوله تعالى (وَلُوطاً آتَيْنَاهُ حُكماً وَعِلماً وَنَجَّيْنَاهُ مِنَ الْقَرْيَةِ الَّتِي كَانَت تَّعْمَلُ الْخَبَائِثَ إِنَّهُمْ كَانُوا قَوْمَ سَوْءٍ فَاسِقِينَ)[٥]. وهنا جعل الله تعالى عملها من جملة الاعمال الخبيثة والخبائث محرمة وايضا القوم الذين يرتكبونها (قَوْمَ سَوْءٍ فَاسِقِينَ) ولا يوصف بالسوء والفسق الا يكون من عمل الحرام.

---

[١] د. وصفي محمد علي – المرجع السابق – ص٣٨٥ وللمزيد من التفاصيل الرجوع الى د. علي الامير –المرجع السابق – ج٢– ص١٧٥ وما بعدها جارلس أي اوهارا وغريغوري ال اوهارا – المرجع السابق ص٢٩٩ وما بعدها د. علي كمال – المرجع السابق –ص٢٢٧ وما بعدها.

[٢] فاطمة المرنيسي – الجنس كهندسة اجتماعية بين النص والواقع ، ترجمة فاطمة الزهراء زريول ، نشر الفنك – ١٩٩٦ ص١١.

[٣] عبد الرحمن الجزيري – فقه السنة على المذاهب الاربعة – ج٤– ط١ / دار الفكر بيروت / لبنان ١٣٩٢ هـ ١٩٧٢ م ص١٣٩.

[٤] سورة الاعراف / الاية ٨٠.

[٥] سورة الانبياء / الاية ٧٤.

اما بالنسبة للسنة النبوية الشريفة: فقد جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم قوله (من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به)[1].

روي أيضاً عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال (ان اخوف ما اخاف على امتي عمل قوم لوط)[2].وكذلك الحديث (اربعة يصبحون في غضب الله تعالى ويمسون في سخط الله فقيل من هم يا رسول الله قال: المتشبهون من الرجال بالنساء والمتشبهات من النساء بالرجال، والذي ياتي البهيمة والذي ياتي الرجل)[3].

يلاحظ ان الاحاديث الشريفة دلت على حرمة اللواطة ولولا الحرمة لما خشي النبي صلى الله عليه وسلم على امتة من فعلها ودليل عدم الرضا واضح منها وهو مترتب على ارتكاب محرم لذلك يعتبر من المحرمات[4].

واذا كان يؤتى من الخلف فانه يحد رجماً بالحجارة حتى يموت ولا ينفع النفي اذا ثبت عليه ذلك[5]. وبذلك نرى ان شريعتنا الغراء وضعت لجلب مصالح السلامة ولدرء المفاسد والاسقام ولدرء ما امكن درؤه من ذلك وجلب ما امكن جلبه من المنافع للناس. وتعاليم الشريعة كنظام قانوني متطور نهت عن تلك الفواحش وان وجه الحرمة واضح، بينما توظف له في بلاد الغرب كل الوسائل العلمية والاعلامية توظيفا شريرا وذلك للمتاجرة بالجنس وحرية مثل هذه التصرفات لا بل المجاهرة بها. اما ما يخص موضوع البحث فهو كما اسلفت طمس للمعالم الجنسية للشخص ولكن الاهداف بالنتيجة واحدة هي اشاعة الفساد بغية ابعادنا عن تعاليم ديننا والتخلي عن قيمنا واخلاقنا.

الفرع الثالث

اوجه الاختلاف بين تغيير جنس الانسان و الشذوذ الجنسي

يتجلى الاختلاف بين الحالتين ضمن النقاط الاتية :

١. يعد الشذوذ الجنسي انحرافا عن العلائق الطبيعية بين الجنسين فتكون تصرفاتهم خارج السلوك الانساني ومن نفس النوع – ويكاد يكون الامر كذلك في تغيير جنس الانسان إلا أنه يتم بموجبه

---

(١) ابو داود ٣/٤٦٨؛ سنن الترمذي ٤/٥٧ وابن ماجه ٢/٨٥٥ .

(٢) مجمع مستدرك الحاكم ج٤ ص٣٩٧ /٨٠٥٧ – سنن الترمذي ج٤ حديث رقم ١٤٥٧ ص٥٨ .

(٣) الزواجر لابن حجر ١/١١٠ .

(٤) د. عبد الملك عبد الرحمن السعدي / العلاقات الجنسية غير الشرعية وعقوبتها في الشريعة والقانون- القسم الاول – دار الانبار للطباعة والنشر ١٩٨٩ ص١٧١ .

(٥) عبد الرحمن الجزيري – المرجع السابق – ص ١٣٦ .

تجاهل التركيب البايولوجي للشخص بعد ان يتناول طالب التغيير هرمونات انثوية مثلا ان كان رجلا يروم من خلال ذلك ان يكون على هيئة انثى وذلك بسبب رغبته في الظهور بصورة غير الصورة التي هو عليها في حقيقته.

٢. تغيير جنس الانسان يتم بتداخل جراحي، لكنه في الوقت نفسه يكون بدون دواع طبية او علاجية أي بناء على الرغبة المجردة لطالب التغيير. في حين ان الشاذين جنسيا لا يكونون كما هو عليه حالهم بتداخل جراحي، وانما يكونوا كذلك بسلوكهم غير السوي والمنحرف في الوقت نفسه عن الطبيعة السوية.

٣. تعزى تصرفات ذوي الشذوذ الجنسي الى اسباب سبقت الاشارة اليها وهي على نوعين بيئية وبايولوجية، اما اسباب تغيير الجنس فهي لا تعدو أن تكون سوى ادعاءات يدعيها طالب التغيير وفقا لمسوغات لا تمت الى واقعهم باية صلة أي انها واهية لا ترقى ان تكون سببا لاقدامهم على تغيير جنسهم. ولم يتم تحديدها بسبب قلة البحوث في مجالها، اما ما عرض من حالات فان اصحابها يعزون ذلك لاسباب نفسية وان لديهم احساس وميل للتغيير للجنس الاخر او للجنس المعاكس لجنسه، اما ميل الشاذ جنسيا يكون نحو نفس الجنس .

٤. الشذوذ الجنسي هو تغيير اتجاه الرغبة الجنسية او ظروف تحقيقها ، فهي مثلا تتم برغبة جنسية لدى صاحبها نحو نفس الجنس وعملهم على الأغلب يكون عمل قوم لوط في حين أن تغيير الجنس هو أن يكون الرجل على هيئة انثى او العكس فهو طمس للرغبة الجنسية لدى طالب التغيير عندما يقوم الاطباء بجب القضيب واستئصال الخصيتين فماذا يتبقى من موضوع الرغبة الجنسية.

٥. تبقى صورة الرجال الأسوياء الذي أصبحوا شاذين جنسيا على هيئة رجال دون انتقاص من أعضائهم التناسلية اما بالنسبة للرجال المغيرين لجنسهم فتختلف هيئتهم من هيئة رجل الى كائن اخر مسخ على شكل امراة وهو ليس كذلك وانما رجل فاقد لاعضائه التناسلية وكذلك اذا حدث العكس بتغيير جنس المرأة الى رجل فهو ليس رجلا وانما امراة فاقدة لاعضائها التناسلية.

٦. الشاذ جنسيا يعمل عمل قوم لوط فيمارس الجنس مع مثله ويسمى مرتكب العمل لوطي والمراة سحاقية والشواذ تطلق على كل من الفاعل والمفعول به اما المغير لجنسه لا يسمى بهذه التسميات.

نخلص الى ان الاختلاف واضح بين تغيير الجنس والشاذين جنسيا، لكن قد يكون للمغير لجنسه او لطالب التغيير تصرفا كتصرفات الشاذين جنسيا وأقدم بعدها على تغيير جنسه فان ذلك لا يعد تشابها بقدر ما يكون تصرف وسلوك غير طبيعي في كلا الحالتين مع الاختلاف وفق ما تقدم.

المطلب الثاني

تصحيح جنس الانسان

لاجل الاحاطة بجوانب موضوع تغيير جنس الانسان اقتضى تمييزه بهذه الوقفة عن موضوع تصحيح جنس الانسان الذي تبيح الضرورة الطبية فيه اجراء التداخل الجراحي لقرب الموضوعين تشابها من بعضهما، إذ إن الفاصل الرئيس بينهما يتجلى في الرغبة بالتغيير إذ ان الرغبة في التحول في حالة تصحيح جنس الانسان تكون على الرغم من صاحبها أي انه يكون مرغما على ذلك، اما في حالة تغيير جنس الانسان فيكون التغيير فيها بناء على رغبة الشخص المجردة ويفصل بين هذه وتلك حالة التشخيص المعقدة كحد فاصل بينهما لتبيان ما اذا كان هناك ضرورة طبية علاجية لاجراء العملية الجراحية من عدمه. وايضا يتعين معرفة ضوابط تصحيح الجنس واوجه الاختلاف بين الحالتين لذلك سأتناول هذا الموضوع في ثلاثة افرع اتناول في الاول معنى حالة تصحيح جنس الانسان اما الثاني سيكون لضوابط حالة التصحيح ونفرد الثالث الى موضوع اوجه الاختلاف بين حالتي التصحيح والتغيير.

الفرع الاول

معنى تصحيح جنس الانسان

تصحيح جنس الانسان: حالة مرضية تخص مرضى اضطراب الهوية الجنسية والتي يصطلح عليها بمصطلح Transexualism والمقصود به هو (حب الانتماء للجنس الاخر والمحاولة بتغيير جنسه للجنس الاخر ولو جراحيا) [1]. ويتمثل ايضا بانه رغبة الشخص العارمة – وعلى الرغم من مظهره الفيزيقي والتكويني الواضح – في الميل الى التحول للجنس الاخر وشعوره بالنفور والاشمئزاز من أعضائه التناسلية فهو يعد نفسه ضحية خطأ الطبيعة، وينتاب مريض تحول الجنس شعور بعشق الذات والرغبة في الاستعراء الفاضح[2].

وأنه شعور هذياني أيضاً ينتاب بعض الافراد العاديين في تكوينهم البدني بانتمائهم الى الجنس الاخر. او رغبة في تغيير الجنس والتي لا تكمن فقط في الرجل في ان يلعب دور المرأة وانما في ان يكون من الناحية الجنسية امراة والعكس صحيح أيضاً [3].

وكل هذه التعريفات تشير الى مفهوم المصطلح الفرنسي Transexualism الذي يمثل الحالة التي يوجد فيها شخص من جنس محدد مقتنعا اقتناعا مطلقا بانتمائه الى الجنس الاخر مما

---

(١) حسين سليم – المرجع السابق – ص٢٢٥ .

(٢) د. عمر فاروق الفحل – تحول الجنس بين الشريعة والقانون– منشور في مجلة المحامون السورية الاعداد ١٢،١١،١٠، – السنة ٥٣– ١٩٨٨ ص٨٧١ .

(٣) د. احمد محمود سعد – تغيير الجنس بين الحظر والاباحة – المرجع السابق – ص١٩٦ .

يثير بداخله تناقضا رهيبا، هذا التناقض يضفي عليه شعور بانه مجني عليه في غلط لا يحتمل من الطبيعة اذ يشعر بأنه انثى في جلد رجل او العكس ويبغض جسده بغضا يدفعه الى سلوك مسلك الجنس الاخر الى التخنث ، الى الانحطاط الى حتى قطع عضوه بنفسه او الانتحار الا انه على الرغم من ذلك لا يعد مجنونا[١].

ويعرف الـ Transexualism ايضا بأن صاحبه ((هو الشخص الذي يشعر بنفسه بأنه ينتمي الى الجنس المعاكس لجنسه ويحس بذلك بداخله ويكون هذا الشعور على الرغم منه ومن رغبته ، أي الرغبة وعدم الرغبة تكون على الرغم من شعوره فيما لا يكون خفيا تشريحه الجنسي العام)) وقد عرف تعريفا اخر: ((صاحب هذا المرض هو الشخص الذي يتعاطى هرمونات مغايرة لجنسه، لكي يظهر أمام الناس وكأنه او كانها على هذه الصورة الجديدة منذ البدء فيقدم على تغيير أعضائه التناسلية بعملية جراحية)).[٢]. وبدورنا نقول ان من يتعاطى هرمونات مغايرة لجنسه هو يقوم بعمله هذا باختلاق هذه الحالة لكي يظهر أمام الجميع انه على الحالة الجديدة هذه منذ البداية فهو يوهم الاطباء بأن حالته مرضية تستوجب الجراحة في حين انها مختلقة وبفعل فاعل. واذا سلمنا بهذا نكون قد فتحنا الباب على مصراعيه امام من يريد تغيير جنسه ان يتناول هذه الهرمونات وصولا لاجراء مثل هذه الجراحات المسخ وبدون ادنى رادع لذلك أفلا يعد ذلك تشجيعا على تفشي مثل هذه الافعال؟.

الفرع الثاني

ضوابط تصحيح جنس الانسان

يتعين لمعرفة ضوابط حالة تصحيح جنس الانسان ان نتطرق اولا الى بيان اعراض المرض والمراحل التي يمر بها مريض اضطراب الهوية الجنسية والتي على أساسها تشخص الحالة، ومن ثم معرفة الشروط اللازم توافرها لاجراء التداخل الجراحي والمراحل العلاجية التي يستلزم على مقدم الطلب الخضوع لها عملا بما جاء بهذه الضوابط كل ذلك سيكون ضمن الفقرات الثلاث الآتية.

اولا: اعراض المرض

ينتاب المريض المصاب باضطراب الهوية الجنسية شعور يتمثل بعشق الذات والرغبة في الاستعراء الفاضح وان المراحل التي يمر بها تكون على الوجه الاتي:

المرحلة الاولى: تسمى بمرحلة ارتداء ملابس النساء.

---

(١) نقلا عن د. الشهابي ابراهيم الشرقاوي – المرجع السابق – ص١٥٦ .

(٢) Suzanne Kessler . Op . cit . p 115 .

المرحلة الثانية: هي مرحلة الشعور بالرغبة في تملك الاعضاء التناسلية الخاصة بالجنس الاخر.

المــرحلة الاخيرة: تتمثل في الرغبة في التخلص من أعضائه التناسلية والمطالبة بأجراء الجراحة وحالة رفض الجراحة تلجئ المريض إلى احداث تشويه بنفسه يصل الى الانتحار ، واكدت دراسة ان هذا المرض يظهر بين الذكور ما بين سن ١٣-٥٠ سنة من العمر اما بالنسبة للاناث فلا يتعدى سن العشرين من العمر [١].

ثانيا: شروط تقديم طلب التصحيح

ان التعلـيمات الصــادرة عــن وزارة الصحة في العراق والمشار اليها سابقا قد بينت هذه الشروط وهي كما ياتي:

أ- ان يقــدم طالــب التصحيح طلبا يروم فيه اجراء الفحص لاغراض التصحيح اذا كان بالغا سن الرشــد، وفــي حالة عدمه يكون تقديم الطلب من ذويه ويتمثل هذا الشرط برضا المريض أي تمكنه وتوافر الأهلية اللازمة لاعطائه الرضا [٢].

ب- ان يقــدم الطلــب الــى اللجنة المختصة لغرض قيام الاخيرة بدراسة طلب التصحيح ومدى موافقته للقانون (اللجنة المختصة هي اللجنة المشكلة في مستشفى حكومي حصرا في كل دائرة صحة في جمهورية العراق، اما بغداد فتشكل هذه اللجنة في دائرتي الصحة فيها)

ج- يجــب ان يقــدم صحبة طلب التصحيح – سواء أكان مقدم الطلب المريض او ذويه – تقريرا طبيا من الطبيب الاختصاصي الذي قام بتشخيص الحالة[٣].

د- يجب ان يتضمن التقرير الطبي الرأي العلمي في نوع العملية تضمناً تفصيلياً.

ولخطورة مثل هذه العمليات يفضل ان يؤيد راي الطبيب الاختصاص من نقابة الاطباء.

ثالثا:- المراحل العلاجية

وهذه تؤلف مرحلتين الاولى: هي المخصصة للفحص بغية تشخيص الحالة والوقوف على حقيقــتها وتكــون من اختصاصيين في المجالات الطبية. اما المرحلة الثانية: فهي مرحلة العلاج الهرموني.

أ. **المرحلة الاولى:-**

فــي هذه المرحلة يجب على المريض ان يخضع الى عدة فحوص منها التقييم النفسي الذي يجــريه الطبيب النفسي ومن ثم الفحص السريري الظاهري للاعضاء التناسلية الخارجية وبعدها

---

(١) د. عمر فاروق الفحل – المرجع السابق – ص٨٧١ .

(٢) انظر المادة الاولى من التعليمات المشار اليها سابقا .

(٣) انظر المادة ٢ من التعليمات اعلاه.

الفحــص بــالامواج الصــوتية او الوســائل الطبية الاخرى مثل الرنين المغناطيسي وهو خاص بالاعضاء التناسلية الداخلية لتحديد نوعية الغدد التناسلية لدى المريض.

و خــلال هــذه المرحلة يتم عرضه على موظف قانوني ايضا (وهو احد اعضاء اللجنة) ويكــون دوره توجيه وتفهيم مقدم الطلب او ذويه ان كان صغيرا غير بالغ لسن الرشد عن الاثار القانونية الناجمة عند تلك العملية[1].

ب. المرحلة الثانية:

وهــي الخاصة بفحص الهرمونات التي تفرزها الغدة النخامية. وفحص خاص لتنشيط عمل الغدة الجنسية ونتيجة افراز الهرمونات وبعدها يتم فحص الصبيغيات الوراثية وذلك لتحديد الجنس الوراثي فاذا تم تشخيص الحالة بانها Transexualism فان اللجنة تحيل الاوراق الى اللجنة الطبية النفسـية الاولية وقرار الاخيرة يكون قابل للطعن فيه استئنافا امام اللجنة الطبية الاستئنافية. وبعد هــذه الموافقــات يخضــع المــريض الى برنامج تاهيلي للمدة التي تقررها اللجنة وتمثل المرحلة العلاجية هذه بدءا لخضوع المريض لعملية التصحيح [2].

الفرع الثالث

إوجه الإختلاف بين تغيير الجنس وتصحيح جنس الانسان

تؤلف أوجه الاختلاف في النقاط الاتية :

١.تصــحيح جنس الانسان مرض قديم ومعترف به ويتمثل كما اسلفنا برغبة قوية للشخص للتحول الــى الجنس الاخر ، اما تغيير الجنس فلا يعدّ مرضا وانما هو رغبة للتغيير الى الجنس الاخر وتكون مجردة من اية دواع طبية .

٢. يــتم تصــحيح جــنس الانسان بتداخل جراحي وكذلك الامر بالنسبة لتغيير جنس الانسان لكن الاخــتلاف يكــون في الهدف العلاجي ففي تصحيح جنس الانسان يكون اجراء الجراحة بقصد العــلاج امــا التغيير فهو خال من أي هدف علاجي وان القصد من ورائه ارضاء شهوة غير مبررة.

٣. تكــون الرغبة في التصحيح على الرغم من صاحبها أي انها رغبة عارمة وحب انتماء للجنس الاخــر فهــو – طالب التصحيح – يعدّ نفسه ضحية خطا الطبيعة، اما طالب التغيير فلا تكون الرغــبة لديــه على الرغم منه وانما يقدم على هذا الفعل بارادته وتكون هذه غير مكرهة على ذلك.

---

[1] عبد الرحمن الجزيري – المرجع السابق – ص ١٣٦ .

[2] انظر المادة ٣/ رابعا والمادة ٤ من التعليمات المشار اليها .

٤.بالنسبة للشعور الهذياني الذي ينتاب مريض اضطراب الهوية الجنسية. هذا الشعور لا وجود له في حالة تغيير جنس الانسان.

٥.مرضى اضطراب الهوية الجنسية يعرضون على اطباء من عدة اختصاصات دقيقة في المجالات الطبية والمختبرية وتخضع قرارات اللجان التي مهمتها دراسة طلبات التصحيح الى لجان طبية نفسية واخرى استئنافية من اجل النظر بهذه القرارات ومن حيث موافقتها للقانون من عدمه. كل ذلك من اجل الوقوف على حقيقة المرض بغية اتخاذ القرار الخاص باجراء الجراحة، إذ إنّ المريض بهذا المرض ينتابه شعور بالنفور من اعضائه الجنسية. وان كل ذلك غير متوافر في حالة تغيير جنس الانسان او حالة المسخ موضوعة البحث والتي لا وجود للضرورة الطبية فيها ولا تتوافر فيها شروط ودواعي التداخل الجراحي وهي كعملية يفقد صاحبها صفاته الجنسية دون ان يكتسب خصائص الجنس الاخر. اما التصحيح فهي اظهار لحقيقة الشخص الجنسية بعد أن كان يعاني من اضطراب بهويته الجنسية .

المطلب الثالث
الخنثى وبعض الشذوذات

لما قد تثيره مشكلة الخنوثة من اشكالية تتضمن ان المغير لجنسه او طالب التغيير هو قد يعاني من الخنوثة مما يقتضي الاقرار له بمشروعية فعل التغيير فلأجل ذلك اقتضى بحث موضوعها وكذلك انواعها المشكل وغير المشكل، وصولا الى التمييز بينهما وكذلك بحث موضوع بعض الشذوذات النفسية والعضوية مما يقتضى اولا بيان معنى الخنثى في الفرع الاول ونفرد الثاني الى بيان انواع الخنثى اما الثالث فسيكون لأوجه الاختلاف بين حالة تغيير جنس الانسان و حالة الخنثى. فيما ساتناول في الفرع الرابع والأخير بعض الشذوذات العضوية والمخنث النفسي.

الفرع الاول
معنى الخنثى

الخنثى لغة : هو من كان كثير التثني والتكسر ويقال : رجل (مخناث) وامراة (مخناث) وجمعه مخانيث والمخنث هو المسترخي المتثني، اما المخنث (خنث خنثا) الرجل : من كان فيه لين وتكسر وتثن فكان على صورة الرجال وأحوال النساء فهو خنثى – خناثى[1].

اما الخنثى اصطلاحا هو من كانت له آلة الرجال وآلة النساء معا او ليس له شيء منهما اصلاً. وفي هذه الحالة يلتبس امرهُ أذكرٌ أم انثى ويسمى بالمشكل ذلك لعدم التوصل إلى معرفة جنسه، لان الاصل في الانسان أن يكون ذكراً أو انثى[2].

---

[1] فؤاد افرام البستاني – المرجع السابق – ص١٨٠ .

[2] محمد المحجوب الطريطر – المرجع السابق – ص٦٤ .

وبذلــك فالخنثى هو آدمي تظهر عليه علامات تدل على الانوثة وعلامات أخرى تدل على الذكــورة ومــن كــان كذلك عنده شذوذ في أعضائه التناسلية بمعنى أنه ليس كالطبيعي من حيث الخلق. أو قد يكون الشخص خالٍ من أمارات الذكورة أو امارات الانوثة[1].

أما الخنثى في المذهب الجعفري فهو إنسان له آلتا رجل وامرأة، أو ليس له شيء منهما فان بال من الذكر فغلام وان بال من الفرج فانثى وان بال منهما فالحكم للاسبق وان استويا فمشكل[2]. وهــناك مــن ذهــب الى انه – شخص اشتبه في أمره ولم يدر أذكر هو أم انثى، أما لان له ذكراً وفــرجاً معــاً أو لانه ليس له شيء منهما أصلاً والحال نفسه في بقية المذاهب[3]. اما الخنثى في القــانون ، فقد تم التطرق الى الخنثى في المادة ٤٦ من قانون الاحوال الشخصية المصري والتي نصت على (الخنثى هو الذي لا يعرف أذكر هو أم أنثى) [4].

أما عند أهل الطب فقد جاء في المؤلفات الطبية بأنّه الشخص الذي تكون اعضاؤه الجنسية الظاهرة غامضة ، فمنهم من يكون مجتمعة فيه النسج الخصوية والمبيضية معاً، وآخرون يقولون انـــه الشخص الذي يتعارض فيه المنسل والاعضاء التناسلية الخارجية فتجد لديه خصية ذكر بينما تكون الاعضاء التناسلية الاخرى انثوية والعكس صحيح[5].

ويذهــب اهــل الطب ايضاً الى ان الخنوثة مرض عضوي فتعني الخلل والاضطراب في العــدد الصــبغي، إذ ان كــل كائــن يتكون من خلايا وكل منها يحتوي على ٤٦ من الصبغيات، والصــبغيات الجنســية في خلية الذكر تحتوي على صبغي واحد (Y) وصبغي واحد (X) ، اما الخلايا الانثوية فتحتوي على صبغين من النوع (X) ولا تحتوي على صبغي (Y) ، فاذا فُقِدَ احد الصــبغين (X) الموجودين في خلايا الانثى فان هذه الحالة تسمى بـــ (تورنر Turner) نسبة الى العــالم مكتشــف الحالــة والــذي وصفها لاول مرة. مما يعني ان هذه الحالة تتمثل في فقدان هذا

---

[1] د. ابو اليقظان عطية الجبوري – المرجع السابق – ص١٩١ .

[2] بـدران ابو العينين بدران – الميراث المقارن بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري – (دار المعارف بمصـــر ١٩٧١ ص٣٠٦ .

[3] السيد سابق – فقه السنة – ط١١ الشرعية – ج٣ – دار الفتح للاعلام العربي – القاهرة ١٩٩٤ ص٣٧١ .

[4] قــانون الاحــوال الشخصية المصري المرقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ / قسم المواريث – مشار اليه في مصطفى كامل منيب- مجموعــة القوانين المصرية – قوانين الاحوال الشخصية – دار الفكر العربي – مطبعة الفكرة الاســماعيلية – ١٩٥١ ص٢٢ .

[5] د. الشهابي ابراهيم الشرقاوي – المرجع السابق – ص١٠٥ .

الصبغي، فتكون صيغة الصبغيات وفق صيغة (45X 0) بدلا من الصيغة الصبغية المعروفة للانثى وهي (46 x 0)[1].

وتمــثل ايضـــا الشخص الذي تكون جيناته الجنسية غير طبيعية، فحصيلة هذه الجينات لا تتغير مع متغيرات المراحل العمرية لانها ثابتة منذ بدء تكوينها وتكون الخنثى التي ظاهرها امراة عقــيمة على الرغم من طبيعة الشكل الخارجي والتكوين التشريحي لها وتتمتع بطول طبيعي يشابه طول المرأة، اما بالنسبة للخنثى الذي يكون ظاهره ذكوري فيكون عقيماً ايضاً وتكون خصيته شبه ضامرة بالرغم من شكله الذكوري من ناحية طول القامة التي عليها الذكور ويكون عادة غير ذكي، ويلحظ ان الكثير من الحالات تبقى غير مشخصة في مراحلهم العمرية. إذ قد يكون ذلك التشخيص مصادفة حتى وان اجري له فحوصات شعاعية او روتينية، اما اذا فحص فحصا هرمونياً جينياً فان النتائج تكون مرضية جدا.

وعلى العموم فإنه يطلق على هذه الحالات اصطلاحاً بين الاطباء بـــ (45 X 0) او احادي الكروموسوم (X) وهذا اصطلاح طبيٌ شموليٌ تعارفوا عليه [2] .

ممـــا يعنـــي ان الخنثى يعاني من ضمور في أعضائه التناسلية او ان هذه الاعضاء تكون غامضـــة ولا يعرف حاملها أذكر هو أم انثى، وقد تطرق اليه الاطباء كما اسلفت على أنه مرض عضـــوي مما يسوغ وهذه الحالة اجراء التداخل العلاجي او الجراحي وذلك لوجود ضرورة طبية تدعو له، أي هناك دواع طبية تدعو للتداخل الجراحي من اجل اظهار الجنس الغالب لدى الخنثى. وبفضل وجود اسس تحديد الجنس وفق المعيار البايولوجي والاجهزة المختبرية الحديثة فاصبح من الســهل تحديــد الجــنس الغالـــب لدى الخنثى. والتي بمقتضاها تجرى المحاولة الطبية او العملية الجراحية لاظهاره واجراء عمليات تقويمية بهذا الشان.

الفرع الثاني

انواع الخنثى

أستقر الفقه الاسلامي على أن الخنثى نوعان : الخنثى الذي لا أشكال فيه والخنثى المشكل.

اولا : الخنثى الذي لا اشكال فيه (غير المشكل)

وهـــو الـــذي يـــترجح فيه جانب الذكورة على جانب الانوثة او جانب الانوثة على جانب الذكورة . الاول : كأن يبول من الموضع الذي يبول منه الرجال أو تنبت له لحية أو يصل النساء ونحوه ، اما الثاني : الذي يترجح فيه الجانب الانثوي على الجانب الذكوري كأن يبول من الموضع

---

[1] د. موســى الخلــف – العصر الجينومي – سلسلة كتب ثقافية يصدرها المجلس الوطني للثقافة – الكويت العد ٢٩٤ – يوليو – ٢٠٠٣ – ص ١٣٣ .

[2] Arnold – Dbstertrics by ten teachers – 17- edition – 2000 – P178

الذي يبول منه النساء أو يظهر له ثدي أو يحيض أو يحمل ونحوه وهاتان الحالتان تسميان بالخنثى غير المشكل .

ثانيا : الخنثى الذي فيه اشكال (المشكل)

وهو الذي لا يعرف أذكر هو أم انثى وتظهر فيه علامات الذكورة والانوثة لكنها متعارضة كأن يبول مما يبول منه الرجال والاناث معاً او تظهر له لحية وثديان في آن معاً [1]. مما يعني ان الفقهاء يقسمون الخنثى الى مشكل وغير مشكل فالذي يتبين فيه العلامات الذكورية او الانثوية ويعلم انه رجل او امراة فهو ليس بمشكل ويصفونه بانه رجل خلقة زائدة او امراة فيها خلقة زائدة، وحكمه حكم ما ظهرت علاماته فيه ويعد بمباله. وقد اجمع الفقهاء ان الخنثى يورث من حيث يبول فان بال من حيث يبول الرجل فرجل وان بال من حيث تبول المراة فمراة. وأوردوا عن الخنثى المشكل مثالين الاول : شخص ليس له الا مخرج واحد فيما بين المخرجين يتغوط منه ويبول، وكان يلبس لباس النساء ويخالطهن ويغزل معهن ويعد نفسه أمراة. والثاني : ليس له مخرجا اصلا لا قبل ولا دبر وانما يتقيأ ما ياكله وما يشربه فهو اشبه بمعنى الخنثى وهو لا يمكن عده في مباله فأن لم يكن له علامة اخرى فهو خنثى مشكل[2]. وذلك من الحالات النادرة جدا لذلك فان الفقهاء يشيرون اليها في معرض حديثهم عن الخنثى المشكل هذا ولاغراض تحديد مآله انثى هو أم ذكر فقد حدد الفقهاء علامات تبين الذكورة او الانوثة لديه قبل البلوغ وأخرى بعده، فقبل البلوغ يعرف بالمبال فان بال من العضو المخصوص بالذكر فهو ذكر وان بال من العضو المخصوص بالانثى فهو انثى وان بال منهما كان الحكم للاسبق. اما العلامات ما بعد البلوغ، فان نبت له لحية او اتى النساء او احتلم فهو ذكر وان ظهر له ثدي كثدي المرأة او در له لبن او حاض او حبل فهو انثى وفي كلتا الحالتين يقال له خنثى غير مشكل[3].

هذا فيما يخص انواع الخنثى في الفقه الاسلامي – اما اقسامها عند اهل الطب فهم يقسمونها على ثلاثة اقسام وهم كما رأينا يعدونها حالة مرضية يعاني صاحبها من خلل واضطراب في عدد الصبغيات او العدد الصبغي وهي كما ياتي:

---

[1] بدران ابو العينين بدران – المرجع السابق – ص٣٠١، ٣٠٦ .

[2] ابي محمد عبد الله بن احمد المقدسي – المغني لابن قدامة – الجزء السادس – مكتبة الرياض الحديثة – من مطبوعات رئاسة ادارات البحوث العلمية والافتاء والدعوة والارشاد – السعودية ١٩٨١ ص٢٥٣ ، ٢٥٨.

[3] السيد سابق – المرجع السابق – ص٤٥٤ وللمزيد راجع د. احمد علي الخطيب – موجز احكام الميراث ط٢ – مطبعة المعارف في ١٩٦٨ ص٢٤٤ وما بعدها .

القسم الاول : احادي الصبغي او Monosomy وهي الحالة التي يحدث فيها نقص في احد الصبغيات ويطلق عليها بـ (Turner) والصيغة نتيجة النقص تكون (45 x 0) [١].

القسم الثاني : صبغي ثلاثي او Trisomy وهي الحالة التي يزيد فيها العدد الصبغي ليرتفع الى سبعة واربعين صبغيا بدلا من (46) ويحدث نتيجة لاحتواء الخلية على ثلاثة صبغيات متماثلة عوضا من صبغين كما هو الحال في الخلايا السليمة . ويكون لأن البويضة او النطفة التي استخدمت في التلقيح استخداماً مضاعفاً كانت تحتوي على احدى تلك الصبغيات. ويسمى هذا المرض بمرض داون او المرض المنغولي (Down's Syndrome Mongolism) .

القسم الثالث : التثليث الصبغي او Triploidy وهي المحتوية على ثلاث نسخ من كل صبغي في نواة خلية المريض. وسبب هذه الحالة اجتماع اربع نسخ من كل صبغي او اكثر وتلقح البويضة باكثر من نطفة وفي حالة التثليث هذه تسهم البويضة بعدد (23) والنطفة بعدد (23) والنطفة الثانية بعدد (23) وهكذا فيصبح عدد الصبغيات في البيضة الملقحة تسعة وستون صبغيا ويسمى هذا النوع بالهجين او الفسيفسائي (Mosaic) [٢].

الفرع الثالث

اوجه الاختلاف بين تغيير جنس الانسان وحالة الخنثى

١. الخنوثة والتي تعد مرضاً يعاني صاحبه من خلل واضطراب في عدد الصبغيات او العدد الصبغي . وهذا ما لا وجود له في حالة تغيير جنس الانسان التي لا تعدو ان تكون رغبة غير مسوغة أو أنها لمجرد المتعة كما وصفها البعض أي انها لا تعد من قبيل الامراض التي تبيح الحالة معها اجراء التداخل الجراحي .

٢. كون حالة الخنوثة مرضا فانه والحالة هذه يستوجب اجراء التداخلات الجراحية لاظهار الجنس الغالب للشخص حامل هذا المرض . اما في حالة تغيير جنس الانسان فان التداخل الجراحي يكون ارضاء لشهوة او لمجرد الرغبة في التغيير أي انها تكون من دون دواع طبية خلافا لما عليه الحال في مرض الخنوثة .

٣. اسلفنا ان موضوع الخنوثة بحث عند فقهائنا الاجلاء من ناحية الحقوق والاحكام الشرعية المتعلقة بها ولم يبحث على أنه مرض يستوجب العلاج الجراحي الا في ظل عصرنا الحديث بسبب التقدم العلمي في المجال الطبي والمختبري إذ تشخص الحالة وعلى اساسها يظهر الجنس الحقيقي لحامل هذا المرض او بتعبير ادق اظهار الجنس الغالب ، على أن ذلك مشروع

---

[١] راجع الصفحة ١١ و ٣٥ من الرسالة.

[٢] د. موسى الخلف – المرجع السابق – ص١٣٤ – ١٣٥ .

من الناحيتين الشرعية والطبية إذ هناك ضرورة طبية تدعو للتداخل الجراحي فلا تكون محرمة. اذ التداوي في مثل هذه الحالات يكون بقصد العلاج، وهذا ما لا وجود له في حالة تغيير جنس الانسان، إذ إن هذه الحالة لا تكون من قبيل التداوي وانما تغيير لخلق الله الذي فطرنا عليه دون ان يكون لدى طالب التغيير مظاهر أنثوية او ذكرية خلاف حالة الخنثى فهنا يكمن الاختلاف مع الفارق إذ ان معالم الجسد الجنسية بعد إجراء الجراحة للخنثى تكون واضحة ومتوافقة والجنس الغالب لديه ، اما في حالة تغيير جنس الانسان فهو طمس للمظاهر الجنسية للشخص ان كانت ذكرية ويروم التغيير إلى أنثى أو كانت مظاهره الجنسية انثوية أي انه يكون انثى ويروم التغيير الى ذكر ليظهر بعد اجراء الجراحة الى الجنس المخالف لجنسه دونما اكتساب للصفات الجنسية للجنس المعاكس الذي غير اليها، وانما يبقى من نفس جنسه فاقدا لاعضائه الجنسية الحقيقية، اما المظاهر الجديدة فهي لا تعدو ان تكون مظاهر كاذبة لا تمت الى الحقيقه الجنسية بأية صلة.

٤. اما وجهة الاختلاف الاخرى فانها تكمن في موضوع التناسل فعلى الغالب كما راينا من وجهة النظر الطبية ان صاحب مرض الخنوثة يكون عقيماً او عقيمةً غير قادرة على التناسل والانجاب ، اما في حالة تغيير جنس الانسان فصاحب هذه الحالة قد يكون على الغالب قادرا على التناسل واعضاؤه مكتملة النمو، وان ما يتمخض عن هذه العملية هو عدم المقدرة على الانجاب أي ان التداخل الجراحي هذا يفقده القدرة على التناسل والانجاب خلافا للموروث الانساني في التناسل، لان العملية في حالة تغيير جنس الانسان هي بحسب ما يقوم به الاطباء استئصال للاعضاء التناسلية التي تفقده القدرة على التناسل.

٥. اخيرا فان الاختلاف بين الحالتين يكمن في مظهر الاعضاء التناسلية الخارجية والداخلية فان حالة تغيير جنس الانسان تكون قد اكتملت اعضاؤه التناسلية سواء أكانت ظاهرية أو باطنية خلافا لما هو عليه الحال في الخنثى إذ إن الاخير يعاني من ضمور فيها او غمور في بعضها كما بين.

الفرع الرابع

المخنث النفسي وبعض الشذوذات العضوية

المخنث النفسي علته نفسية وهو لا يعدو ان يكون من المتشبهين من الرجال بالنساء والنساء بالرجال (المترجلة)، وقد ورد تحريم ذلك في الحديث النبوي الشريف إذ ورد عن ابن

عباس رضى الله عنهما انه قال (لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المخنثين من الرجال والمترجلات من النساء وقال اخرجوهم من بيوتكم قال فأخرج النبي صلى الله عليه وسلم فلانا وأخرج عمر فلانا) [1].

وورد عن الرسول صلى الله عليه وسلم الحديث الشريف قال (لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم مخنثي الرجال الذين يتشبهون بالنساء والمترجلات من النساء المتشبهات بالرجال) [2]. وعن عائشة رضي الله عنها أن الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم قال (لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم الرجلة من النساء) [3].

إذ أنه ورد ان المخنثين هو جمع مخنث وهو اسم فاعل واسم مفعول به روى بهما. واللعن الوارد عن الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم لمرتكب هذه المعصية دلالة على كبرها وهو يحتمل الخبر والانشاء فالمخنث من الرجال : هو من تشبه بالنساء في حركاته وكلامه وغير ذلك من الامور المخصصة للنساء إذ إن المراد هنا من تخلق بذلك، لا بل من كان ذلك من خلقته وجبلته ، اما المترجلات من النساء فهن المتشبهات بالرجال [4].اذن يتضح مما تقدم ان علة المخنث نفسيه فيتصرف كما تتصرف النساء في المشي واللباس والتصرفات كافة التي تميز النساء من الرجال بما في ذلك الرقة والتصنع فيها، اما من حيث اعضاؤه التناسلية فهي مكتملة النمو، واما الدوافع لذلك فهي دوافع نفسية وليست دوافع جسدية.

عليه فإن العلاج لهذه الحالات بالوسائل النفسية إذ لاتعارض في التكوين العضوي في اعضائه التناسلية وبهذه الصفة يتشابه وحالة تغيير جنس الانسان، لكن طالب التغيير تكون رغباته غير سائغة ولا يكون مدفوعا لهذا الفعل بنواح او دوافع نفسية.

ومثله المترجلة من النساء ايضا تكون دوافعها نفسية وتصرفاتها باللبس والحركة والكلام التي تشابه الرجال فيها وهو كما مر امر محرم بموجب دلالة اللعنة الواردة عن لسان النبي صلى الله عليه وسلم أي ان هذه التصرفات سواء أكانت من المتشبهين بالنساء او من المتشبهات بالرجال لا عذر لهم. اما بالنسبة لانواع الشذوذات العضوية الاخرى فهي تشمل الخصي والعنين والمجبوب والرتقاء والقرناء فالخصي هو من نزعت خصيتاه وبقي ذكره والمعنى واحد للخصاء والوجاء

---

[1] صحيح البخاري ج ص٢٠٧ رقم ٤٦ ،٥٥ ، سبل السلام ج٤ ص١٤ / نيل الاوطار – ج٦ ص٢٠٥ .

[2] مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ج٨ ص١٠٣ .

[3] سنن ابى داود ج٤ ص٦٠ رقم ٤٠٩٩ .

[4] د. قحطان عبد الرحمن الدوري – صفوة الاحكام من نيل الاوطار وسبل السلام – ط٢ – مطبعة الارشاد – بغداد ١٤٠٦ هـ ١٩٨٦ ص٤١٥ .

والسل إذ إن الوجاء يقصد به رض عروق الخصيتين والسل أي سلهما مع بقاء جلديهما وكل ذلك يكـــون بفعـــل وهذا محرم ومنهي عنه، اما العنين فهو الذي لا يقدر على اتيان النساء بالرغم من وجود الة التناسل لديه، اما المجبوب، هو من قطع ذكره كله او بعض منه حتى لم يتبق سوى جزء يكـــون غـــير كاف لاتيان النساء أو جماعهن، اما الرتقاء هو التحام الفرج الذي يمنع وحالتها هذه دخـــول الذكر والقرناء يكون لديها ما يمنع دخول الذكر اما عن غدة أو لحمة او عظم يمنع دخول الذكر فيه[1].

وان مـــا يعانونـــه هؤلاء انه لعارض ما فقد العضو وجوده او قدرته على أداء وظيفته وقد تكـــون هذه العوارض لا دخل لأرادتهم فيها كما هو الحال بالنسبة للخصي الذي قد نزعت خصيتاه بسبب حادث تعرض له أو مرض ألم به وانتزاعهما لهذه الاسباب . والعنين والمجبوب كذلك فهو لا قـــدرة للاول على اتيان النساء أما الثاني وهو المجبوب فقد يكون قطع الذكر لديه كله أو بعضه لسبب ما خارج عن أرادته كذلك وهنا تكمن الاختلافات بين أنواع الشذوذات العضوية وفعل تغيير جنس الانسان إذ إن الاخير يكون ما أقدم عليه من فعلة شنيعة بكامل ارادته وتحقيقا لرغباته .

---

(1) د. الشهابي ابراهيم الشرقاوي – المرجع السابق – ص ١٢٣ -١٢٤ .

الفصل الثاني

مدى مشروعية فعل تغيير الجنس

يعـد موضوع تغيير جنس الانسان من الموضوعات المثيرة للجدل والنقاش في مجال الفقه الجنائـي من حيث اباحة هذا الفعل واسباب تلك الاباحة، كون الفعل يمثل اعتداءً صارخا ومساسا واضـحا بحـرمة الكيان الجسدي للانسان وحقه في السلامة الجسدية . وبذلك تاخذ اهمية مناقشة موضـوع فعـل تغـيير الجنس الارادي من نواح مهمة وهي تلك المتعلقة بكيان الانسان الجسدي وتكاملـه الذي يعد أحد عناصر الحق في سلامة الجسم، عليه سيكون محور النقاش في هذا الفصل من خلال وجهتين الاولى ستكون لعدم مشروعية الفعل والتي ساخصص لها المبحث الاول واتناول فـيه الحـق محل الاعتداء من جهة هل أن فعل التغيير يعطي الحق لصاحبه في ان يوقع مثل هذا الاعتداء على حقه في سلامة اعضاء جسمه؟ ولايضاح تلك الناحية سنتعرف على مفهوم الحق في سـلامة الجسـم وعناصره وموقف الشريعة الاسلامية الغراء من هذا الحق وكذلك موقف القوانين لمعـرفة مدى حرمة هذا الكيان التي أقرها المشرع الجنائي بغية اضفاء الحماية الجنائية على جسم الانسـان وصـونه من أي اعتداء مضيفا لذلك موقف الشريعة الاسلامية الغراء من تغيير الخلقة مـتطرقا لحكـم فعل التغيير في القران الكريم والسنة النبوية ومعيار عدم المشروعية لدى الفقهاء المسـلمين بمـا فـيه من آراء فقهية وفتاوى ثم سنتعرض في الجانب الاخير من هذا المبحث الى الموقـف مـن هذا الفعل فقها وقانونا وقضاءً وكذلك موقف لوائح حقوق الانسان المعلنة من عدم مشروعية الفعل.

أمـا الوجهـة الثانية فستكون لموضوع مشروعيته والقائلين بذلك وساخصص له المبحث الثاني من هذا الفصل وستتوزع موضوعاته على ثلاثة مطالب: الاول سيكون للقوانين التي اباحت عملـيات تغيير الجنس صراحة، اما المطلب الثاني فساتناول فيه القوانين التي أباحت فعل التغيير ضمنا وباسناد إباحتها على أباحة الاخصاء والعقم في قوانينها وتلك التي اباحته بتنظيمها اجراءات مـا بعـد التغيير كالتصديق الاداري على الفعل وكذلك أجراء تعديل الحقل الخاص بشهادة الميلاد الـذي يشـير الى جنس الشخص، اما المطلب الاخير سيكون للقوانين التي لم تنظم عمليات تغيير الجنس والتي التزمت حيال هذا الموضوع جانب الصمت وأسندت اباحة فعل التغيير للقواعد العامة فـي أباحة النشاط الطبي ولمشروعية اعمال الجراحة والعلاج إذ إنها تركت الأمر للفقه والقضاء ليقرا بمشروعية هذا الفعل كلاً بحسب منظوره .

المبحث الاول
عدم مشروعية فعل التغيير

في حالة التغيير ومع غياب النص التشريعي ، أنستطيع القول بان هذا الفعل يعد مشروعا أم لا ؟ إذ إن فعــل التغيير ينصب على اعضاء جسم الانسان لذا فانه يمثل مساسا بحق من الحقوق التـــي يتمتع بها الانسان الا وهو الحق في سلامة الجسم ، ولمعرفة مدى عدم مشروعية هذا الفعل ســـاتناول في هذا المبحث الحق محل الاعتداء والذي يتمثل بتلك الحقوق اللصيقة بشخص الانسان ومـــا يمثله هذا الاعتداء من تَعَدٍ على المصالح الاجتماعية في المجتمع الذي يكون الشخص المغير لجنسه جزءا منه بمطلب اول، أما المطلب الثاني فسيكون لحكم تغيير الخلقة في الشريعة والمطلب الثالث والاخير سيكون للمواقف الفقهية والقانونية والقضائية من عدم مشروعية فعل التغيير وكذلك سيتم التطرق الى موقف لوائح حقوق الانسان من الفعل .

المطلب الاول
الحق محل الاعتداء

ان المصـــلحة التي يحميها القانون الجنائي هي حق الانسان في الحياة وفي أن يظل الجسم مؤديـــا لوظائفه الاساسية والحيوية بغية ان لا تتعطل ابديا وهذا الحق ليس حقا خالصا للفرد وانما هو في الوقت نفسه حق للمجتمع [١].

فـــالحق محل الاعتداء من الناحية القانونية هو حق فردي ولاهميته يشمله المشرع الجنائي بحمايـــته ويجعـــل مـــنه حقا ذا قيمة اجتماعية وهذا هو الاتجاه الذي يحدد للحق في سلامة الجسم جانبين ، جانب اجتماعي وجانب فردي وهو في جميع جوانبه يؤلف اهمية اجتماعية فالاعتداء الذي يمـــس ســـلامة الجسم ويؤدي الى الاخلال بامكانية الفرد في أداء وظيفته الاجتماعية يمثل مساسا بســـلامة الجسم واهداراً لحقّ المجتمع واذا لم ينقص من هذه الامكانية فإنَ هذا الاعتداء يمس حق تغلب عليه الصفة الفردية [٢].

علـــى هذه الصورة اقتضى التنويه لاغراض هذا البحث ولا مجال للخوض في غمار هذه الجوانب والاتجاهات التي قيلت بشأنه ، فمحل الاعتداء هنا هو الحق في سلامة الجسم فما المقصود بهذا الحق وما يتضمنه من عناصر هو ما ساتطرق اليه في الفرع الآتي:

---

[١] د. احمد شوقي ابو خطوة – القانون الجنائي والطب الحديث – دار النهضة العربية – القاهرة – ١٩٩٥ ص١٧ .

[٢] ضـــياء عـــبد الله عـــبود – الحق في سلامة الجسم ضمانة من ضمانات المتهم – دراسة مقارنة – رسالة ماجستير في القانون العام– كلية القانون – جامعة بابل – ٢٠٠٢ ص٢٩ .

الفرع الأول
مفهوم الحق في سلامة الجسم

لغرض معرفة مفهوم هذا الحق يتعين تعريفه في الفقرة اولا وبيان عناصره في الفقرة ثانيا.

اولا : تعريف الحق في سلامة الجسم

هو المصلحة التي يحميها القانون في ان تسير الحياة في الجسم على النحو الطبيعي وان يحتفظ بتكامله الجسدي وان يتحرر من جميع الالام البدنية [1].

فلا بد من الاشارة الى أنَّ الحماية الجنائية التي يقررها المشرع لاعضاء الجسم تلازمه في كل أحواله فلا تسقط عنه او عن جزء من أجزائه حتى وأن أصبح هذا الجزء او العضو عاجزا عن القيام بدوره الطبيعي في ادائه لمهامه التي فطر عليها، فان مناط هذه الحماية هي انتماؤه الى مادة الجسم فلا مجال للقول بان علة الحماية هي ان يؤدي العضو وظيفته على إكمل وجه وأن عجزه عن أداء هذا الدور يجعل حمايته مفتقرة إلى العلة ، ذلك أنَّ الانسان ليس في وسعه ان يقطع باستحالة العجز إذ إنَّ التقدم العلمي يفرض الاخذ باسباب الحذر ولا يسوغ لنا اطلاق الاحكام عليه فلا سبيل لاهدار الحماية الجنائية عن أي عضو من اعضاء الجسم فهي تنبسط على كل اعضائه الظاهرة منها والباطنة وهي تحظى جميعاً بقدر واحد من هذه الحماية [2].

اذن فكل اعضاء جسم الانسان هي محل حماية المشرع بما لصاحبها من حظ في امكانية أدائها وفق السير الطبيعي والصحة الكاملة من عدمه، كما في حالة المرض والاعتلال الصحي لاي عضو حتى وان كان هذا الاعتلال مزمنا. وعلى ان تسير وظائف الاعضاء جميعا كما هو مقدر لها مع احتفاظ صاحبها بتكاملها دون مساس بها ومتحررا من جميع الالام البدنية حتى وان كانت الاخيرة موجودة لدى الشخص. فان حصل الاعتداء وادى الى زيادة في هذه الالام فالقانون يعد ذلك مساسا بهذا الحق .

ثانيا : عناصر الحق في سلامة الجسم

للحق في سلامة الجسم عناصر ثلاث هي السير الطبيعي لوظائف الحياة والتكامل الجسدي والتحرر من الالام البدنية. واهمية تحديد عناصر الحق في سلامة الجسم على هذا النحو يتيح لنا رسم نطاق هذا الحق والحماية الجنائية الشاملة التي تحيط بكل عناصر هذا الحق وهي كما يأتي.

أ. السير الطبيعي لوظائف الحياة

لجميع اعضاء الجسم وظائف عضوية تؤديها على نحو معين تحدده قوانين الطبيعة ، أي ان هذه الوظائف يؤديها الجسم وفقا لهذه القوانين عليه تتمثل الحياة في اتم وجها لها وهذا الوضع يبين نصيب الجسم من صحة ومرض. فاذا سارت وظائف الحياة سيرا طبيعيا دون أي اخلال في أي جانب منها وفقا لقوانين الطبيعة كانت دالة على سير وظائف الجسم بشكله الاعتيادي وعلى النحو الطبيعي، واذا طرا أي طارئ

---

[1] د. محمود نجيب حسني – شرح قانون العقوبات – القسم الخاص – دار النهضة العربية – القاهرة – ١٩٩٢ ص٤٢٦.

[2] د. عوض محمد – جرائم الاشخاص والاموال – دار المطبوعات الجامعية – الاسكندرية – ١٩٨٥ ص١٣٧.

على سير هذه الوظائف شكل نقصا او انقاصا من مقدار الصحة واصبح انحرافا عن السبيل الطبيعي المالوف لما هو مرسوم له وفقا لقوانين الطبيعة، عليه فان مفهوم السير الطبيعي لوظائف الحياة كعنصر من عناصر الحق في سلامة الجسم. هو المصلحة التي يعترف بها القانون لكل شخص في ان يحتفظ بالنصيب الذي يتوفر لديه من الصحة. فكل فعل ينقص من هذا المقدار يعتبر مساسا بالحق في سلامة الجسم سواء تم هذا المساس عن طريق احداث مرض لم يكن موجودا او زيادة في مرض كان موجودا وتستوي كل الوسائل التي تنال من الصحة. فيعد المساس بسلامة الجسم متوافرا اذا أدى الفعل الى تعطيل وظيفة من وظائف الجسم او بعض مظاهر النشاط في أي جهاز من اجهزة الجسم كما في حالتي بتر عضو من اعضاء الجسم او اعدام حاسة من حواسه او ابطاء لوظيفتها الطبيعية [١].

ب .الحق في التكامل الجسدي

يعني الاحتفاظ بكل أعضاء الجسم كاملة فكل فعل يؤدي الى الانتقاص من هذه الاعضاء سواء كان بالبتر او الاستئصال كلا او جزءا او احداث تغيير ينال تماسك الخلايا او الانسجة أو ما يؤدي الى اضعافها يعد مساسا بسلامة الجسم وتكامله الجسدي وهو ما يجرمه القانون سواء أترك أثرا لمدة وجيزة أم لم يترك ؟ أي أنه يتحقق بمجرد العبث بمادة الجسم سواء ادى الى الاخلال أو التعديل الذي يغير من العلاقة القائمة بين جزئيات الجسم[٢].

لذلك فالكيان الجسدي للانسان له حرمة، ويعد الجسم من أهم العناصر لوجوده فلا يجوز ان يكون محلا لاي اتفاق الا من أجل صيانته أو حفظه ويعد المساس به أيضا انتهاكا لحرمة الكيان الجسدي للانسان لذلك فالجسم هو عماد الشخص ذاته بحسب الاصل[٣].

فهذا الحق يؤدي الى ان كل فعل يحدث انتقاصا في الجسم الانساني الذي هو عماد الشخص كما رأينا هو ما يجرمه القانون؛ لانه يشكل اعتداءً على حق الانسان في تكامله الجسدي. فالتدخل بالعبث في الكيان الجسدي الذي لا مسوغ له من وجهة النظر الطبية والاجتماعية والقانونية كما في فعل التغيير فانه بلا شك يعد مساسا بحرمة هذا الكيان وبالحق في التكامل الجسدي. وفعل التغيير يمس عناصر الحق في سلامة جسم الانسان وتكامله الجسدي وبالتالي فانه اعتداء على هذا الحق.

---

[١] د. محمود نجيب حسني – المرجع السابق – ص٤٢٩ .

[٢] د. احمد شوقي ابو خطوة – المرجع السابق – ص٢١.

[٣] د. محمد عيد الغريب – المرجع السابق – ص ٥.

ج. التحرر من الالام البدنية

يتحقق هذا الحق في ان يتحرر الانسان من الالام البدنية بما يلحقه من اذى في شعوره بالارتياح والسكينة. فأنَّ أيِ فعل يؤدي الى احداث الالام البدنية سواء كانت موجودة من قبل او تم زيادتها او ادت الى الهبوط في المستوى الصحي لاعضاء الجسم وفق السير الطبيعي لها يُعد مساسا بالحق في سلامة الجسم [1].

عليه لا يجوز للانسان الاعتداء على الحق في سلامته الجسدية وتكامله الجسدي، الا اذا كان هناك ضرورة تدعو اليه من اجل صالح الجسد وصيانته في ان يبقى مؤديا لوظائفه الطبيعية وفق الفطرة الانسانية والموروثة عبر الاجيال. وبهذا فأن تغيير الجنس بلا شك يعد انتهاكا لحرمة الكيان الجسدي ويجعل مرتكبه تحت طائلة المسؤولية الجزائية.

الفرع الثاني

موقف الشريعة الإسلامية والقوانين من حرمة الكيان الجسدي للانسان

حرصت الشريعة الاسلامية على هذا الحق وقد كرّم الخالق سبحانه وتعالى الانسان. فلا بد من تبيان الموقف من هذا الحق واين يكون من تقسيمات الحقوق التي تناولها فقهاء الشريعة الاسلامية ومن ثم سأتناول بعض القوانين التي نصت على هذا الحق في قوانينها التي تناولت سلامة البدن من الاعتداءات الواقعة عليه وسيكون ذلك في فقرتين، الاولى ستخصص لتبيان موقف الشريعة الاسلامية من حرمة الكيان الجسدي للانسان والفقرة الثانية ستكون للموقف في القوانين من هذا الحق والتي تعدّه مبدأ من مبادئ النظام العام وكما ياتي:-

اولا. موقف الشريعة الاسلامية:

يبين موقف الشريعة الاسلامية حرمة الكيان الجسدي للانسان من خلال حرصها على مبدا التكامل الجسدي، فحماية الكيان البدني للانسان واضحة في مواجهة غيره ومن الشخص نفسه ايضا. وامثلتها عدم جواز الانتحار او الشروع فيه. ولتعلق هذا الموضوع ايضا بحقين هما حق الله وحق العبد على الروح والجسد. فقد أوجبت شريعتنا الغراء المداواة وعدم الاهمال المتعلق بالجروح لضمان سلامة البدن وحرمت كذلك الزنا والاجهاض والاعتداء بالضرب او الجرح وما بلغته الشريعة الاسلامية في ميدان حرمة جسد الانسان وروحه لم يبلغه حتى ما سبقها من قوانين [2].

---

[1] د. محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص٤٣٠.

[2] د. منذر الفضل ، التصرف القانوني في الاعضاء البشرية –ط١– دار الشؤون الثقافية العامة – بغداد ١٩٩٠ ص٢٧ .

فالأذى الذي يقع على الانسان من دون ان يودي بحياته يدخل ضمن انواع الايذاء والاعتداء في الشريعة الاسلامية، اذ يتمثل في الجرح والضرب والدفع والجذب والضغط وغير ذلك من انواع الاعتداء. وتسمى الجناية هنا بالجناية على ما دون النفس سواء أكانت عمدا او خطا وفقهاء الشريعة الاسلامية يقسمونها على خمسة اقسام، الاول قطع الاطراف وما يجري مجراها ويشمل قطع اليد والرجل والاصابع والانف والاذن والشفة وفقوء العين وقلع الاسنان.اما القسم الثاني فهو الذهاب بمنفعة الاطراف مع بقاء أعيانها والمقصود هنا تفويت منفعة العضو مع بقائه قائما. ويشمل فقد البصر والسمع والشم والذوق والكلام. اما القسم الثالث وهو الشجاج ويقصد به جراح الراس والوجه اما الجراح في الجسم فتسمى جراحا. والقسم الرابع الجراح وهي ما كانت في سائر البدن ويقسمها فقهاء الشريعة الاسلامية على جائفة وغير جائفة. الجائفة هي تلك التي تصل الى التجويف الصدري والبطني، أما غير الجائفة فهي التي لم تصل للجوف. اما القسم الاخير فهو مالا يدخل تحت الاقسام السابقة ويتضمن كل اعتداء او ايذاء لا يؤدي الى ابانة طرف او الذهاب بمنفعته ولا يؤدي كذلك الامر الى شج في الراس وكذلك الاعتداء الذي لا يترك أثراً أو يترك اثراً بسيطا ولا يُعدّ من قبيل الجروح او الشجاح [١].

هذا وقد خصت الشريعة الاسلامية الانسان بكرامة خاصة حيث كرمه الله سبحانه على سائر خلقه، وازاء هذه المنزلة فقد وفرت الشريعة حرمة خاصة للانسان ووضعت الحماية اللازمة له وشرعت من اجل ذلك ما يصون كرامته وما يحرم الاعتداء عليه وتاثيم القائم بالاعتداء سواء أكان الفعل موجها من الغير ام من ذات النفس[٢].

وتبين الايات الكريمة مدى تكريم الخالق سبحانه وتعالى للانسان ، حيث جاء في القران الكريم {وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ} [٣]. وكذلك {لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ} [٤].

فطالما ينصرف الحديث على الحق في السلامة الجسدية وحرمة كيان الانسان فلا بد من التعرض الى تقسيمات الحقوق في الفقه الاسلامي. لكي نتعرف اين الحق في السلامة الجسدية من تقسيمات هذه الحقوق. واثر الرضا بالمساس الذي ينال من الجسد بناء على قبول صاحبه، فهناك اتجاهان في هذا المجال . **الاتجاه الاول** : يقسم الحقوق على اربعة اقسام وهي:

---

[١] د. عبد الخالق النواوي. جرائم الجرح والضرب في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي. المكتبة العصرية بيروت / بدون سنة طبع/ ص٤٠-٤٢ .

[٢] د. حسن عودة زعال – التصرف غير المشروع بالاعضاء البشرية في القانون الجنائي – دراسة مقارنة – الطبعة الاولى الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع – عمان – ٢٠٠١ – ص٢٢ .

[٣] سورة الاسراء-الاية ٧٠ .

[٤] سورة التين – اية ٤ .

١. الحقـــوق الخالصة لله تعالى : وهي عبادات وحدود والاخيرة تتعلق بحماية الفضيلة بالمجتمع والنفع العام.

٢. الحقوق الخالصة للعبد : ومنها الضمان، ضمان الديه وبدل التلف وحق الملكية والتصرفات الواقعة عليها .

٣. اجتماع الحقين وحق الله غالبا : كحد القذف ويعدّ من الحقوق الغالبة لله على حق الفرد ، عليه فلا اثر للرضا او العفو.

٤. اجـــتماع الحقين وحق الفرد يكون غالبا : كما في القصاص واختلف الفقهاء بشانه فمنهم من ذهـــب الى ان الله سبحانه وتعالى له في نفس العبد حق الاستعباد وللعبد حق الاستمتاع، وفي شرعية القصاص بقاء، ولكن حق العبد اغلب، والبعض الاخر يقولون بأنه ليس للمكلف التسلط علـــى نفســه ولا على عضو من اعضائه بالاتلاف فحق الله في سلامة الجسد انما تقرر حتى يستطيع العبد القيام بالتكاليف الشرعية والواجبات المفروضة عليه.

أما **الاتجاه الثاني**: يقسم الحقوق على ثلاثة اقسام ويسقطون حقوق العباد الخالصة بحجة ان مـــا مـــن حق يثبت للعبد إلا وفيه حق لله والراي الراجح هو الاتجاه الاول إذ إنّ الحقوق الخالصة للعباد هي الحقوق التي يكون فيها العبد هو المكلف بالوفاء او الضمان [١].

هـــذا فـــيما يخص تقسيمات الحقوق في الفقة الاسلامي حسب الاتجاهات المذكورة آنفاً فلا يجـــوز التعرض بالسوء لهذا الكيان وذلك للمنزلة الكبيرة التي خصها الله تعالى لعباده ما لم يهدر الشارع عصمته لامر موجب. وهذا التكريم للانسان يبعد عنه المهانة مما يوجب الابتعاد عن كل مـــا يلحق المهانة به، اذ ان أي تصرف فيه يكون غير مأذون به ممن له الحق فيه، لان في الجسد حق هو المحافظة عليه سليما[٢].

وهـــنا نتساءل أين يكمن الحق في السلامة الجسدية من تقسيمات هذه الحقوق ؟ هناك رأيان بهـــذا الخصوص **الرأي الاول** : يرى ان المقاصد الشرعية للشريعة الاسلامية تتمثل بالضروريات وهي تمثل الغالبية من الحقوق الخالصة لله تعالى وايضا تمثل طائفة اخرى من حقوق مشتركة، إذ إن كـــل مـــا يتضمن حفظ هذه الاصول فهو مصلحة وكل ما يفوت هذه الاصول فهو مفسدة ودفع للمصـــلحة. ويبين أصحاب هذا الراي أن حفظ النفس وما دونها متمثلا بالحق في السلامة الجسدية المصـــالح الضـــرورية المقصودة شرعا ومن أساسيات التشريع الاسلامي. وأن المســـاس به

---

(١) د. احمد محمود سعد – تغيير الجنس بين الحظر والاباحة – المرجع السابق – ص٣٩٣ .

(٢) عـــارف علـــي عـــارف – مدى مشروعية التصرف بالاعضاء البشرية دراسة مقارنة – رساة دكتوراه – كلية العلوم الاسلامية جامعة بغداد، ١٩٩١ ص٥٦ .

يؤدي الى تقويض نظام المجتمع عليه يتعين تاثيم الافعال الماسة بهذا الحق حتى وان كانت برضا صاحب الحق . والحجج التي استند اليها اصحاب هذا الراي هي ان حق الله وحق العبد في نفس وجسم العبد يوكلان للمنسوب اليه ثبوتا واسقاطا. فلا يجوز لاحد ان يتصرف في حق غيره بلا إذنه، فقطع عضو من اعضائه لا يحتمل الاباحة بغير حق واسقاط العبد لحق فيما اجتمع فيه الحقان يكون مشروطا بعدم اسقاط حق الله ، وحقوق الله مبنية على التسهيل بينما العبد على التشديد في حالة الضرورة. وواضح وفقا لهذا الراي انه لا تاثير لرضا صاحب الحق في السلامة الجسدية في اباحة الافعال الماسة به لكون هذا الحق فيه جانب من حق الله .

الرأي الثاني : يذهب الى انه طائفة من الحقوق التي يجتمع فيها الحقان وان ظهر هناك غلبة لحق العبد فاسقاطه لا ينفذ لان الحق صادر لله ، والله تعالى لا يرخص للعبد اسقاطه [١].

نخلص الى ان الحق في السلامة الجسدية هو حق مشترك وهو من الحقوق ذات النفع العام. إذ ان الله تعالى خص كل العباد بمنحهم هذا الكيان دون تفرقة فارضا على الكافة عدم المساس به والاعتداء عليه حتى وان كان برضا صاحبه. فلا يتم ذلك الا من اجل ضرورة الحفاظة عليه وصيانته كما تقدم ذكره. فهو يتناول كل منفعة لحفظ النفس فهو بذلك مصلحة القصد من ورائها المحافظة على كيان المجتمع وسلامة افراده بغية تحقيق الازدهار ودرءاً للمفسدة في الوقت نفسه. اذن لا يرخص لعبد المساس بجسده فكيف يتم ذلك واعطاء الاذن يكون من اصحابه، هذا ويلحظ ان شريعتنا الغراء اكدت على حفظ النفس والجسد بعيدا عن المهانة وكل ذلك من اجل الحفاظ على التراث الانساني وبعيدا عن ما يروج اليه الغرب من افكار لا تمت لشريعتنا باية صلة .

ثانيا : موقف الدساتير والقوانين من حرمة الكيان الجسدي

حرمة جسم الانسان وكيانه تعدّ مبدأً من مبادئ النظام العام فسلامة الانسان الجسدية التي يتمتع بها صاحبها على جسمه هي في الوقت نفسه تعدّ محلاً لهذا الحق، إذ إن الحياة تعدّ اغلى واثمن ما يملكه الانسان وفقدانها يعدّ من اكبر الاضرار التي يمكن ان تصيب الانسان على الاطلاق فالانسان حيا كان او ميتا لا يمكن ان يكون محلا ممكنا ومشروعا للمعاملات فهو ليس مالا لا في الشرع ولا في الطبع ولا في العقل[٢].

ومبدا التكامل الجسدي يدخل ضمن الحقوق غير السياسية التي يطلق عليها بالحقوق المدنية وهي على نوعين اما ان تكون حقوقا عامة او حقوقا خاصة وان ما يهمنا في هذا المجال هي

---

(١) د. احمد محمود سعد – تغيير الجنس بين الحظر والاباحة – المرجع السابق ص٣٩٤.

(٢) د. احمد محمود سعد – زرع الاعضاء بين الحظر والاباحة – موسوعة القضاء والفقه للدول العربية – الجزء ٣٠٠ القسم الثاني – الدار العربية للموسوعات – ١٩٨٧ ص٥٣ و٥٤ .

الحقوق العامة التي تعني تلك الحقوق التي تثبت للانسان لصفته الانسانية تولد معه وتظل لصيقة به وتستمد اصولها من ضرورة حماية الشخصية الانسانية في جميع مظاهرها [1]. يطلق عليها ايضا الحقوق الاساسية للانسان كحقه في المحافظة على سلامة صحته وجسده وحمايته من أي اعتداء يصدر من غيره عليه[2].

وقد ورد لهذا المبدا ذكرا في الدساتير وكذلك الامر في القوانين العربية فقد نظمت القوانين الجنائية عقوبة المساس بالسلامة الجسدية للانسان ساذكر قسما منها وحسب الاتي :

أ. **الدساتير**

حرم دستور جمهورية العراق المؤقت لعام ١٩٧٠ – ممارسة أي نوع من انواع التعذيب الجسدي او النفسي ونص على كرامة الانسان وجعلها مصونة بحكم الدستور فصيانتها بنص دستوري وتجريم ممارسات التعذيب سواء أكان جسديا او نفسيا هي حق من حقوق الانسان ولها علاقة بمبدا التكامل الجسدي للانسان وهو ما يفهم من النص[3].

وكذلك دستور الجمهورية الجزائرية لعام ١٩٧٦ عاقب على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات وايضا نص على مبدا التكامل الجسدي متناولا حرمته واكد على صيانته معاقبا على كل مساس بالسلامة البدنية او المعنوية مع ضمانة الدولة لمساعدة المواطن من اجل الدفاع عن حريته وحصانة ذاته[4].

---

(١) د. منذر الفضل – المرجع السابق – ص٢٩.

(٢) هذا وان الحقوق اللصيقة بالشخصية تعني طائفة القيم التي تثبت للشخص بمجرد وجوده كإنسان وتظل تتبعه الى يوم وفاته وهدفها حماية الشخص في ذاته وحماية القيم اللصيقة به فهي تتصل بالانسان اشد الاتصال وتقرر المحافظة على مقومات الانسان الشخصية في مظاهرها المادية والمعنوية الفردية او الجماعية. وان ما يهمنا هو المقصود بالحقوق المتصلة بحماية المقومات المادية للشخص والتي تضم الحق في الحياة والحق في السلامة الجسدية وهذا النوع من الحقوق يخول الشخص حماية جسمه باعضائه المختلفة وتخوله الدفاع عن كيانه المادي ودفع أي اعتداء عليه. وقد تكون الحماية لاحقة عن وقوع الفعل على الجسم كما في حالة اذا وقع عليه اعتداء بالجرح او الضرب فنجد القوانين الجنائية متدخلة في هذا المجال وتفرض العقاب على مقترف مثل هذه الجرائم لكن حماية الشخص لكيانه المادي ومنع المساس به من الغير هل يسوغ له الحق في التصرف بجسمه بصفة مطلقة او نسبية ؟ الجواب بالنفي لان تصرف الانسان بجسمه او بجزء منه مقيد بالصالح العام لان الجماعة تقرر حماية الشخص لانها ترى ضرورة لذلك لاتفاقه مع المصلحة العامة . عليه فاي تصرف في الجسم او جزء منه يرتب انتقاص دائم في كيانه المادي او يمثل خطرا على حياته او سلامة جسده فانه يكون باطلا كلا لعدم اتفاقه مع الصالح العام ويلحظ ان الحماية هذه تمتد الى ما بعد الوفاة احتراما للكرامة الانسانية – ينظر في ذلك د. فتحي عبد الرحيم عبد الله – دروس في مقدمة العلوم القانونية – مكتبة الجلاء الحديثة – المنصورة ١٩٧٨ ص٣٢ وما بعدها .

(٣) انظر نص المادة ٢٢/أ من الدستور المؤقت لجمهورية العراق الصادر في ١٩٧٠/٧/١٦ بالقرار المرقم ٧٩٢ .

(٤) انظر نص المادة ٧١ من الدستور الجزائري اعلاه .

كما نص الدستور الاردني على ان يكون جميع المواطنين سواسية امام الدستور دون تمييز بينهم في الحقوق والواجبات وجعل جميع الحريات الشخصية مصونة ومنع كذلك ممارسات التوقيف والحبس الا بموجب احكام القانون[١].

ومن الدساتير التي نصت صراحة على السلامة البدنية والنفسية هو دستور الاتحاد السويسري الذي جعل لكل انسان الحق في الحرية الشخصية وخاصة سلامته الجسدية – ومنع كل ممارسات التعذيب وكذلك صور المعاملة او العقوبة القاسية او اللانسانية ، ونص في الفصل الاول منه على احترام كرامة الانسان وجعل الجميع سواسية أمام القانون دون تمييز بين المواطنين[٢].

ب. القوانين العقابية

من القوانين التي تؤكد حرمة الكيان الجسدي قانون العقوبات العراقي ذي الرقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ اذ خص الباب الاول للجرائم الماسة بحماية الانسان وسلامة بدنه في الكتاب الثالث منه والخاص بالجرائم الواقعة على الاشخاص فجاء الفصل الثالث منه ليعالج جرائم الجرح والضرب والايذاء العمد معاقبا كل من يعتدي عمدا على اخر بالجرح او بالضرب او بالعنف او باعطاء مادة ضارة او بارتكاب أي فعل اخر مخالف للقانون. اذا كان القصد من وراء هذه الاعتداءات المساس بسلامة جسد الانسان او احداث عاهة مستديمة وأن الاخيرة تتوافر اذا نشأ عن فعل الاعتداء هذا قطع او انفصال عضو من اعضاء الجسم او بتر جزء منه او فقدان منفعته او انتقاص له أو كان هناك تشويه جسيم لا يرجى زواله او خطر حال على الحياة ويعاقب هذا القانون ايضا حتى على الاعتداء الذي لم يترك اثرا او كان الايذاء الحاصل خفيفاً [٣]. وقد اوضحت تعليمات السلوك المهني للاطباء الى بعض مظاهر حرمة الكيان الجسدي للانسان عندما أقرت حظر اجراء التجربة الطبية التي تجري على المريض ولم تكن للاغراض العلمية البحتة واعتبرت هذا الفعل فعلا جنائياً[٤].

كما جاء في الباب الاول من قانون العقوبات العسكري العراقي القسم الثاني منه المخصص للجرائم والعقوبات اذ اورد في الفصل الرابع جرائم التمارض او إلحاق الاذى بالنفس وفرض العقوبة على كل من تمارض او سبب في نفسه مرضا او عاهة واذا تعمد بنفسه او سمح لغيره بتعطيل عضو من اعضاء جسمه ، وهذه العقوبات تتعلق بالعسكريين الذين يلقى على عاتقهم واجب الدفاع المقدس عن الوطن بادائهم الخدمة العسكرية ويحاولون الاحتيال للتخلص من ادائها[٥].

---

[١] انظر المواد ١/٦ و ٧و ٨ من الدستور الاردني المنشور في الجريدة الرسمية رقم ٩٣ بتاريخ ١٩٥٢.

[٢] انظر المواد ٧و١٠ من دستور الاتحاد السويسري في ١٩٩٨/١٢/١٨ والنافذ في اول يناير عام ٢٠٠٠ .

[٣] انظر المواد ٤١٢-٤١٥ من قانون العقوبات العراقي .

[٤] انظر تعليمات السلوك المهني للاطباء لسنة ١٩٨٥ .

[٥] انظر المواد ٧٠-٧٣ من قانون العقوبات العسكري العراقي ذي الرقم ١٣ لسنة ١٩٤٠ وتعديلاته .

يتضح من ذلك ان هذه القوانين تؤكد حرمة الكيان الجسدي للانسان وصونها بالحماية الجنائية من أي اعتداء يؤدي الى المساس بها.

وكذلك الامر بالنسبة للمشرع الاردني اورد نصوصا عاقب بموجبها على كل مساس بالسلامة البدنية للاشخاص في القسم الخاص بالايذاء[١]. اذ عاقب على كل اشكال الاعتداء الذي يمس حرمة الكيان الجسدي للانسان فيما اذا ادى الفعل الى قطع او استئصال عضو او بتره ويلاحظ ان المشرع الاردني أورد كحماية جنائية للحق في السلامة الجسدية لفظ الايذاء باي فعل مؤثر من وسائل العنف والاعتداء، وبذلك شمل الاعتداءات التي تصيب الانسان في قواه العقلية او قوته الجسدية وحرمة كيانه.

وعاقب قانون العقوبات اللبناني على من اقدم قاصدا ضرب شخص او جرحه او ايذائه ونجم عن هذه الافعال مرض او تعطيل للشخص عن عمله او احدث عاهة مستديمة او احدث تشويهاً جسيماً او عاهة لها مظهر العاهة المستديمة[٢].

كذلك يعاقب قانون العقوبات الجزائري على افعال الجرح والضرب او ارتكاب اعمال العنف والتعدي سواء نتج عنها مرضا او عدم قدرة على الحركة او عجز عن العمل او افقد المعتدى عليه احد اعضائه او أدى هذا الاعتداء الى حرمانه من استعمال العضو محل الاعتداء[٣].

المطلب الثاني

موقف الشريعة الإسلامية من تغيير الجنس

ان الله سبحانه وتعالى خلق الانسان وقد اودع فيه غرائز وميول جنسية نحو الجنس المعاكس فكانت هذه الغرائز ضرورية لبقاء النوع الانساني وحفظ النسل البشري والتراث الانساني في التناسل وقد جاءت الشريعة الاسلامية باحكام شاملة بما يكفل الاستمرار والبقاء والصلاحية لكل زمان ومكان وملبية لحاجات هذه الغرائز والميول الجنسية ومنها الزواج واحكامه التي تجعل من الانسان ان يسير مع فطرته الجنسية وميله الغريزي باتساق متناهي الفتنة دون التاثر بمفاتن الحياة وهياج الغريزة فنظرة الدين الاسلامي الى الجنس هي ان يسير الانسان وفق منهج سليم رسمه كي لا يسلك سبيلا منحرفا مصطدما مع غريزته.

---

[١] انظر المواد ٣٣٣-٣٣٨ من قانون العقوبات الاردني .

[٢] انظر المواد ٥٥٤ - ٥٥٧ من قانون العقوبات اللبناني .

[٣] انظر المادة ٢٦٩ من قانون العقوبات الجزائري .

حيث جاء في القران الكريم (وَمِن آيَاتِهِ أَن خَلَقَ لَكُم مِنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجاً لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً)[١]. وايضا قوله تعالى (وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجاً ، وَجَعَلَ لَكُم مِّنْ أَزْوَاجِكُم بَنِينَ وَحَفَدَة) [٢].

فتدل الايات على ان من فوائد الزواج جعل العلاقة الزوجية علاقة مودة ورحمة وجاءت ايضا لحفظ الانساب وانجاب الذرية القويمة وعلمنا الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم كذلك كل ما من شانه ان تكون الصورة واضحة وضوحا جليا لموضوع الجنس بمختلف اركانه واحكامه والتي تبعدنا عن الزلل والرذيلة التي تفشت بالمجتمعات الغربية والتي تفتقر حتى الى ابسط ابجديات الاخلاق الحميدة، كما في فعل التغيير موضوع البحث هذا ولبيان موقف الشريعة الاسلامية من فعل التغيير الارادي لجنس الانسان الظاهري لابد من التطرق الى حكم تغيير الخلقة في القران الكريم وكذلك السنة النبوية الشريفة وما قاله الفقهاء والمسلمون من آراء وفتاوى نستشف من خلالها معيار عدم مشروعية هذا الفعل لديهم. وساتناول ذلك بافرع اربعة الاول: سيكون لحكم تغيير الخلقة في القران الكريم والثاني: سيخصص للسنة النبوية الشريفة اما الثالث: فسيكون لحكم فعل التغيير عند الفقهاء المسلمين ونفرد الفرع الرابع والاخير: لمعيار عدم مشروعية فعل التغيير في الفقه الاسلامي .

الفرع الاول

حكم تغيير الخلقة في القران الكريم

القران الكريم هو المصدر الاول للتشريع في شريعتنا الغراء بل هو المصدر الرئيس للتشريع الاسلامي ولا يجوز لاي مصدر بشري ان تتصادم احكامه والمصدر الالهي الذي لا ياتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه ولهذا فقد حفظه الله تعالى وحفظ آياته وتحدى الناس به وجعله معجزة خالدة [٣].

وبهذا الخصوص قال تعالى في محكم كتابه (وَإِن كُنتُمْ فِي رَيْبٍ مِّمَّا نَزَّلْنَا عَلَى عَبْدِنَا فَأْتُوا بِسُورَةٍ مِّن مِّثْلِهِ وَادْعُوا شُهَدَاءَكُم مِّن دُونِ اللَّهِ إِن كُنتُمْ صَادِقِينَ . فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا وَلَن تَفْعَلُوا فَاتَّقُوا النَّارَ الَّتِي وَقُودُهَا النَّاسُ وَالْحِجَارَةُ أُعِدَّتْ لِلْكَافِرِينَ) [٤].

---

[١] سورة الروم : الاية ٢١ .

[٢] سورة النحل : الاية ٧٢ .

[٣] د. محمد فاروق النبهان – المدخل للتشريع الاسلامي – ط١ – دار القلم بيروت – لبنان – ١٩٧٧ ص٨٦ .

[٤] سورة البقرة / الايات ٢٣-٢٤ .

ويجب ان نعلم ابتداءً الحقيقة التي اكدها العلماء والاطباء وحتى الفقهاء هــي ان الجــنس البشري الحقيقي للشخص لا يتغير فلا يستطيع احد مهما اوتي من علم ومهارة ان يغيره. فالانسان اما ذكر او انثى فلا وجود لكائن ثالث فهو بالنتيجة يمثل احد الجنسين وقد بين القران الكريم احكام كل من الذكر والانثى. وان ما نشير اليه في هذا البحث هو التغيير في الخلقة الظــاهري، ولــيس التغيير في التركيب البايولوجي، إذ إن ذلك من دلائل قدرة الله سبحانه وتعالى ولا استطاعة لبنــي البشر عليه فهي لا تعدو (ان تكون سوى عملية مسخ محرمة يتم فيها استئصال أو طمس المظاهر الحقيقية الخاصة بجنس الشخص وإختلاق مظاهر كاذبة للنوع الآخر دون ان يكتسب خصائصــه الاساسية وهناك وسائل متعددة لايجاد فرج ومهبل صناعي للذكور الــذين يقــوم الاطبــاء بجــب ذكرانهم) وهذا ما حصل لطالب طب الازهر كما بيّن[1].

اما حكم فعل تغيير الجنس فقد جاء ذكره في القران الكريم صراحة بانه تغيير خلق الله وهو استجابة الناس لما يأمرهم به الشيطان على سبيل الغواية والاضلال للوقوع بالمعاصي، وذلك فــي قوله تعالى (وإن يَدعُونَ إلا شَيطَاناً مَرِيداً لَعَنَهُ اللهُ وَقَالَ لأَتخِذَنَ مِن عِبَادِكَ نَصِيباً مَفرُوضاً . وَلأُضِلَّنَّهُمْ وَلأُمَنِّيَنَّهُم وَلآمُرَنَّهُم فَلَيُبَتِّكُنَّ آذَانَ الأَنعَامِ وَلآمُرَنَّهُم فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلقَ اللهِ . وَمَن يَتَّخِذِ الشَّيطَانَ وَلِيّاً مِن دُونِ اللهِ فَقَد خَسِرَ خُسرَاناً مُبِيناً . يَعِدُهُم وَيُمَنِّيهِم وَمَا يَعِدُهُم الشَّيطَانُ إلاَّ غُرُوراً) [2]. وكذلك قوله تعالى (الَّذِي خَلَقَ فَسَوَّى. وَالَّذِي قَدَّرَ فَهَدَى)[3].

فقوله تعالى: وان يدعون الا شيطانا مريدا أي انه هو الذي امرهم بذلك وحسنه وزينه لهــم فهم انما يعبدون ابليس في نفس ذلك الامر،حيث ان الله سبحانه وتعالى قال (أَلَم أَعهَد إِلَيكُم يَا بَنِي آدَمَ أَن لا تَعبُدُوا الشَّيطَانَ إِنَّهُ لَكُم عَدُوٌّ مُبِين)[4].

والقول "لعنه الله" أي طرده من رحمته وابعده واخرجه من جواره[5]. فالشيطان – عــدوهم القديم– يستوحونه ويستمدون منه هذا الضلال، ذلك الشيطان الذي صرح بنيته في اضلال بني ادم، وقول (ولامنينهم) أي تمنيتهم بالامنيات الكاذبة في طريق الغواية من لذة كاذبة وسعادة موهومــة ونجاة في نهاية المطاف من الجزاء وان يدفعهم الى افعال قبيحــة وشــعائر ســخيفة مــن نســج الاساطير، كحال تمزيق اذان الانعام ليصبح ركوبها بعد ذلك حرامــا او اكلهــا حرامــا– دون ان

---

(1) د. الشهابي ابراهيم الشرقاوي– المرجع السابق – ص١٧٠ .

(2) سورة النساء/ الآيات ١١٧–١٢٠.

(3) سورة الاعلى – الايات ٢–٣ .

(4) سورة يس– الايه ٦٠ .

(5) عماد الدين ابي الفداء بن كثير– تفسير القران العظيم لابن كثير– ط١ – المجلد الاول – دار الفيحاء دمشق– دار السلام الرياض – ١٩٩٤ ص٧٣٩ .

يحرمها الله – وتغيير خلق الله في الاية (ولآمرنهم فليغيرن خلق الله) وفطرته بقطع بعض اجزاء الجسد او تغيير شكلها في الحيوان او الانسان ومثالها خصاء الرقيق ووشم الجلود والتشويه الذي حرمه الله[١].

وبصدد نفس الاية (ولامرنهم فليغيرن خلق الله) فقد اختلف الفقهاء والمفسرون بخصوص معنى التغيير الوارد فيها فمنهم من ذهب الى ان المراد به هو تبديل دين الله وفطرته وخص بذلك تحريم الحلال وتحليل الحرام، وهناك من ذهب الى ان المراد به الخصاء وقيل كذلك انه الوشم وهو من اماني الشيطان وما يعدهم الشيطان الا غرورا أي لا يكون لما يعدهم ويمنيهم اصل وحقيقة، والغرور إيهام النفع فيما فيه ضرر[٢].

وذهب رأي آخر الى انه اضافة لذلك فهو تغيير في دين الله بالكفر والمعاصي لكنه في النهاية احلال ما حرم الله وتحريم ما أحل الله ، وان ذلك هو اخبارا عن الشيطان فيما يعد اولياءه ويمينهم بأمنية انهم الفائزون في الدنيا والآخرة وهو كذب وافتراء من الشيطان لان ما يعدهم يعد باطلا وما هو الا اضلال وغرورا والغرور حسب هذا الراي ما له ظاهر محبوب وباطن مكروه أي انه مزين الظاهر وفاسد الباطن، لقول الشيطان لأتخذن من عبادك الذين ابعدتني من اجلهم نصيبا أي حظاً مقدراً معلوماً، وأدعوهم الى طاعتي من الكفر والمعاصي[٣].

إن ما ورد حسب رأيي في الآية الكريمة موضوعة البحث، هو حجة منصوص عليها في القران كما وردت وايضا كما يقول الامام الشافعي "كل ما اقام الله به الحجة في كتابه او على لسان نبيه منصوصا بينا : لم يحل الاختلاف فيه لمن علمه"[٤].

وان ظاهر نص الاية يشير الى التغيير في خلق الله فأن ما يتمخض عن مثل هذه العمليات الجراحية هو كائن مسخ لا هو ذكر ولا هو أنثى ان كان اصل التغيير من ذكر الى انثى والعكس ان كانت العمليه اجريت من انثى الى ذكر، هذا وإن التغيير سواء كان المراد به الخلقه او يراد به الوشم ام الخصاء او دين الله وفطرته التي فطر الله الناس عليها فانه تغيير لخلق الله وخروجا عن طاعته وانه من عمل الشيطان واغوائه لبني البشر الذي ورد التحريم بشانه هذا من جهة ومن جهة

---

[١] سيد قطب – في ظلال القران – المجلد الثاني- الاجزاء ٤-٧ ط١٧ – دار الشروق بيروت – لبنان- ١٩٩٢- ص ٧٦٠و ٧٦١ وللمزيد من الافادة- راجع ابي عبد الله محمد ابي بكر ابن قيم الجوزيه- اغاثه اللهفان من مصايد الشيطان – تحقيق محمد حامد الفقي- دار الفكر للنشر والتوزيع- الاردن- عمان- بدون سنة طبع- ص٩٠ وما بعدها.

[٢] ابو علي الفضل الطبرسي – مجمع البيان في تفسير القرآن – الجزء ٣ – ٤ دار احياء التراث العربي/ بيروت لبنان – بدون سنة طبع ص١١٣.

[٣] محمد علي الصابوني – صفوة التفاسير- المجلد الاول – ط٥- دار القلم بيروت – لبنان – مكتبة جدة ١٩٨٦ ص٣٠٦.

[٤] محمد بن ادريس الشافعي- الرسالة للشافعي- ط١ – مطبعة مصطفى البابي الحلبي واولاده بمصر – ١٩٤٠ ص٥٦٠ .

اخـــرى فـــان قوله تعالى (وَلَا تَكُونُوا كَالَّذِينَ تَفَرَّقُوا وَاخْتَلَفُوا مِن بَعْدِ مَا جَاءَهُمُ الْبَيِّنَاتُ) [١]. يبين عدم جواز الاختلاف والتفرقة فيما جاء به بينة وهو زجر للمؤمنين عن التفرق والاختلاف للهوى[٢].

واما بالنسبة لقوله تعالى (الَّذِي خَلَقَ فَسَوَّى . وَالَّذِي قَدَّرَ فَهَدَى) تعني ان الله تعالى خلق الاشياء كلهـــا فجعلهـــا ســـواء فـــي الاحكـــام والاتقان حسبما اقتضته حكمته، وجعل الاشياء على مقادير مخصوصــــة فـــي اجناســـها وانوعها وافرادها وصفاتها وافعالها وآجالها فوجه كل واحد منها الى مايصـــدر عـــنه لما ينبغي له طبعا واختيارا ويسره لما خلق له بخلق الميول والالهامات، ونصب الدلائل وانزال الايات[٣].

على ذلك فأن هذه الايات تشمل الوصفين وصف الخلق ووصف تسوية الخلق، فالتسوية ان جعـــل الله كـــل جـــنس ونوع من الموجودات مناسبا للاعمال التي جبلته من تسوية خلقها، وكذلك تركيـــب الاجـــزاء الجسدية الظاهرة للانسان مثل اليدين والباطنة مثل القلب وايداع القوى العقلية كـــالحس كلها تسوية الخلق، فلا يصح معاكسة هذه التسوية بتغيير جنس الذكر وذلك بازالة قضيبه والانـــثى بتركيـــب قضـــيب اصطناعي لها[٤]. لما في ذلك من تغيير لخلق الله المحرم ودلالة هذه الآيات تشير الى حرمة هذه العمليات وعدم جوازها وفقا لما تقدم.

الفرع الثاني

حكم تغيير الخلقة في السنة النبوية الشريفة[٥]

في الغالب ان طالبي تغيير الجنس وقبل ان يقدموا على هذه الفعله فانهم يدّعون إدعادات لا تمت الى حقيقتهم بأية صلة، ومن هذه الادعاءات الميل للجنس الاخر واحاسيسهم التي يشعرون بها طالبيـــن علـــى وفقها إجراء التداخل الجراحي للوصول الى التوافق بين الجسد والنفس، فضلاً عن الآلام النفســـية التي لا تحتمل وغيرها التي يرمون من ورائها ان يوصلوا للجميع ان هناك مرضا

---

(١) سورة ال عمران- الاية ١٠٥ .

(٢)حسنين محمد مخلف- صفوة البيان لمعاني القران -ط٣ -شركة مطبعة ذات السلاسل الكويت- ١٩٨٧ ص٩٠.

(٣)حسنين محمد مخلف- المصدر السابق ص٧٩٨ .

(٤)محمد المحجوب الطريطر- المرجع السابق - ص٦٣٨ .

(٥) السنة النـبوية الشـريفه- تمثل المصدر الثاني من المصادر التشريعيه بعد القران الكريم. والاصل الثاني من اصول الاحكـام الشـرعية ومصـدرها الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم. والقران الكريم جاءت احكامه مبنيه مكانة السنة وداعـيا للاخـذ بهـا وطالب من المسلمين الاحتكام الى الرسول الكريم فيما شجر بينهم من خلاف دون ان يجدوا في انفســهم حرجا من قضاءه، وقوله تعالى "وما اتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فأنتهوا واتقوا الله ان الله شديد العقاب" ســورة الحشر الاية ١٧- مؤكدا ما جاء بهذه المعاني- وتمثل السنة النبوية الشريفة ما صدر عن الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم من فعل او قول او تقرير، انظر في ذلك تفصيلا. د. محمد فاروق النبهان المرجع السابق - ص٥٩ وما بعدها.

يستوحب الجراحة لاغراض تخليصهم من هذا المرض، فأذا سلمنا ان ما يدعونه يعتبر من قبيل الحالات المرضية – على سبيل الفرض– فانه لا يوجب لصاحبه العلاج بما هو محرم على بني البشر عملا بنص الحديث الشريف حيث ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال **"ان الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم"**[١].

فبعد ثبوت حرمة فعل التغيير بموجب النص القراني " ولامرنهم فليغيرن خلق الله"[٢]. واعتباره من الافعال التي يامر بها الشيطان عباد الله وهي تعدّ من قبيل اغوائه لبني البشر، فالحديث الشريف يؤكد حقيقة اخرى للتحريم هي ان الله لم يجعل شفاء بني البشر فيما هو محرم عليهم وذلك واضح من ظاهر الحديث الشريف المذكور آنفا، إذ إن الله عز وجل لم يجعل الشفاء من الامراض فيما هو محرم حيث لم يجوّز الحديث ذلك، هذا وقد تناول الفقهاء هذا الحديث في باب التداوي بالمحرمات وعدم جوازها لثبوت حرمتها بدلالة نص الحديث[٣]. وفي حديث شريف عن إبن مسعود انه صلى الله عليه وسلم قال **"لعن الله الواشمات والمستوشمات والنامصات والمتنمصات والمتفلجات للحسن المغيرات خلق الله"**[٤].

فالواشمة طبقا لنص الحديث هي التي يفعل بها الوشم اما المستوشمة هي التي تفعله وذكر ان الجزء الذي يوضع به الوشم نجسا لان الدم انحبس فيه فيجب ازالته ان امكن ولو بالجرح ويستوي بذلك الرجل والمراة ، عليه يكون تعاطيه حرام بدلالة الحديث.

أما المتنمصات فهن اللواتي يطلبن النماص وهو أزالة الشعر في الوجه بواسطة المنقاش ويسمى الاخير بالمنماص وذكر في هذا الباب انه لا يجوز لمراة تغيير شيء من خلقتها التي خلقها الله عليها بزيادة او نقصان التماسا للحسن لا للزوج ولا لغيره، كمن تكون مقرونة الحاجبين فتزيل ما بينهما، كل ذلك داخل في النهي وهو من تغيير خلق الله[٥].

اما المتفلجة: فهي التي تبرد اسنانها ليتباعد بعضها عن بعض قليلا وتقوم بتحسينها ويعد ذلك حرام بدلالة الحديث فلا يجوز للمراة طلبا للحسن ان تقوم بوشر اسنانها، وعادة تقوم به المرأة

---

[١] سبل السلام. ٤٤ ص٣٦.

[٢] سورة النساء– الاية ١١٩ .

[٣] د. قحطان عبد الرحمن الدوري– المرجع السابق ص٤٤٤ .

[٤] صحيح مسلم حديث رقم ١٢٦١ ص٤٣٠ ومسند الامام احمد رقم ٣٦٨٧ – سنن ابي داود ص ٧٧– رياض الصالحين– باب ٢٩٦/١٩٤٥ .

[٥] احمد بن علي بن حجر العسقلاني– فتح الباري في شرح صحيح البخاري– ط١ – ج١٠ – دار السلام الرياض – دار الفيحاء للطباعة والنشر والتوزيع– دمشق– ١٩٩٧ ص٤٥٦و ٤٦٣ .

الكبيرة لتوهم انها صغيرة بعد ان تقوم بتحديد اسنانها فقد ورد النهي عن ذلك لما فيه من تغيير الخلقة الاصلية[1].

من ذلك يمكن القول ان الجراحة التي تحدث شيئا غير موجود اصلا او انها تخوض في اشياء محرمة التماسا للحسن او لمجرد الرغبة في التغيير فهو حرام ولولا ذلك لما وردت الحرمة به وهي بذات الوقت وردت اللعنة عليهم فبذلك يكون تعاطي مثل هذه الامور حرام. عليه فاذا كانت الافعال البسيطة مثل الوشم والتنمص والتفلج تعد من المحرمات فكيف الحال من طمس معالم جنس الذكر واظهاره بمظهر الانثى وبالعكس. بالتاكيد تكون اكثر حرمة لما تتضمنه من تعد واضح على الخلقة السوية التي ارتضاها الله سبحانه وتعالى لعباده.

الفرع الثالث

حكم فعل التغيير عند الفقهاء المسلمين

ورد بشان فعل التغيير فتاوى لعلماء المسلمين في دور الافتاء وقرارات اتخذت من هيئة كبار العلماء وسنبحث ذلك في فقرتين الاولى : لفتوى دار الافتاء المصرية والثانية ستكون لقرارات المجمع الفقهي الإسلامي ورابطة كبار علماء المسلمين.

اولا: فتوى دار الافتاء المصريه [2]

بغيه التعرف على الجانب الديني وما هو الحكم الشرعي في اجراء مثل هذه الجراحات ولاستكمال التحقيقات بهذا الجانب والخاصة بطالب طب الازهر المذكور آنفاً، إذ ان النقابه العامة للاطباء لم تكتف بالجوانب الطبيه والنفسية للطالب فقامت باخذ رأي دار الافتاء المصرية بوزارة العدل بهذا الخصوص والمتمثل برأي الدين في هذا التداخل الجراحي الذي بموجبه حول الذكر الى أنثى بعد ان تم استئصال اعضاء الذكورة لديه. فجاء رد دار الافتاء بشقين، الشق الاول : جاء مقررا (بجوازها في حالة تصحيح جنس الانسان او تثبيته للجنس الغالب واظهاره متى انتهى الطبيب الثقة الى وجود الدواعي الخلقية في ذات الجسد بعلامات الانوثة المطمورة او علامات الذكورة المغمورة باعتبار ان الجراحة مظهرة للاعضاء المطمورة او المغمورة تداويا من علة جسدية لا تزول الا بهذه الجراحة) .

---

(1) محي الدين ابى زكريا يحيى بن شرف النووي- رياض الصالحين- ط٤- تحقيق حسان عبد المنان- المكتبة الاسلامية-١٩٩٣ هامش ص٣٠٤ – وللمزيد من المعلومات راجع كذلك محي الدين ابي زكريا بن شرف النووي- رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين – تقديم وتعليق محمد علي القطب – ط٣- المكتبة العصرية للطباعة والنشر والتوزيع- بيروت- لبنان- ٢٠٠٠-ص٣٧١ .

(2) دار الافتاء المصرية – وزارة العدل- جمهورية مصر العربية- يؤخذ راي هذه الدار في المسائل التي تحتاج الى ايضاح الجانب الديني والشرعي فيه .

واضح من نص الشق الاول من الفتوى ان موضوعها يخص الخنثى التي يتقرر فيها اجراء التداخل الجراحي لوجود الدواعي الطبية والضرورة العلاجية لذلك اما الشق الثاني : من الفتوى فان موضوعها يخص فعل التغيير موضوع البحث ، فقد جاء بها عدم جواز هذه الجراحة لمجرد الرغبة في التغيير دون دواعٍ جسدية صريحة غالبة والا دخل في حكم الحديث الشريف الذي رواه البخاري وأحمد الخاص بقوله (لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المخنثين من الرجال والمترجلات من النساء وقال اخرجوهم من بيوتكم قال فاخرج النبي صلى الله عليه وسلم فلانا واخرج عمر فلانا)[1].

ويتضح ان هذه الفتوى لا تجوز هذه الجراحات إن كانت لمجرد الرغبة في تغيير الجنس من أنثى إلى ذكر أو بالعكس.

ثانيا: قرارات المجمع الفقهي الاسلامي ورابطة كبار علماء المسلمين.

أ. قرار المجمع الفقهي الاسلامي لرابطة العالم الاسلامي[2].

بعد البحث والمناقشة بين اعضاء المجمع تقرر ما يأتي:

اولا : الذكر الذي اكتملت أعضاء ذكورته والانثى التي كملت أعضاء أنوثتها لا يجوز تحويل احداهما الى النوع الآخر ومحاولة التحويل جريمة يستحق فاعلها العقوبة لانه تغيير لخلق الله، وقد حرم الله سبحانه وتعالى هذا التغيير بقوله مخبرا عن قول الشيطان: (ولامرنهم فليغيرن خلق الله) النساء – ١١٩ وقد جاء في صحيح مسلم عن ابن مسعود انه قال : (لعن الله الواشمات والمستوشمات والنامصات والمتنمصات والمتفلجات للحسن المغيرات خلق الله عز وجل) ثم قال(ألا ألعن من لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في كتاب الله عز وجل ويعني بذلك قوله تعالى (وما اتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا) الحشر – الايه ٧) .

ثانيا: تخص هذه الفقرة من القرار الخنثى وتصحيح جنس الانسان او تثبيته فلا مجال لذكرها لعدم تعلق موضوعها بالبحث.

ب. قرار الامانة العامة لهيئة كبار العلماء المسلمين[3].

بعد البحث والمناقشة والدراسة تم اتخاذ القرار المتضمن (عدم جواز تحويل الذكر الى انثى والانثى الى ذكر والذين اكتملت اعضاؤهم الذكورية أو الانوثية لديهم الى النوع الاخر وان اية

---

(١) الفتوى المقيدة برقم ١٦٨ لسنة ١٩٨٨ والصادرة بتاريخ ١٩٨٨/١١/٢ بدار الافتاء المصرية- ذكرها ايضا د. احمد محمود سعد- تغيير الجنس بين الحظر والاباحة – المرجع السابق ص٩١ .

(٢) قرار رقم ٦- الدورة الحادية عشر بعنوان تحويل الذكر الى انثى وبالعكس- مكة المكرمة .

(٣) قرار الهيئة العامة – ذي الرقم ١٧٦ بتاريخ ١٤١٣/٣/١٧هـ الدورة التاسعة والثلاثين -مدينة الطائف – السعودية.

محاولة تعتبر جريمة) اما الفقرات الثانية والثالثة تعلقتا بموضوع الخنثى وجواز ازالـة الاشتباه والعلاج الطبي لما فيه من مصلحة عظيمة ودرء للمفسدة حسب ما جاء بالقرار.

عليه وبعد هذا التقديم نجد ان العلماء المسلمين المجتهدين أفتوا في عصرنا هذا وأجمعوا على عدم جواز اجراء التداخل الجراحي لمجرد الرغبة في التغيير دون وجود دواعي جدية صريحة وأن اية محاولة تعد في نظر العلماء الاجلاء جريمة يستحق فاعلها العقوبة لكون الفعل يندرج تحت نص التحريم الوارد في القران الكريم والسنة النبوية والخاص بتغيير الخلقة[1]. وقد أوردنا شرحا لها كما تقدم ذكره.

الفرع الرابع

معيار عدم مشروعية فعل التغيير في الفقه الاسلامي

وفق ما جاء بفتاوى الفقهاء المسلمين وهيئة كبار العلماء فانه يمكن تحديد معيار عدم مشروعية عمليات تغيير جنس الانسان الظاهري والذي يكمن في نواح عدة اهمها:

الناحية الاولى: عدم وجود دواع جسدية صريحة غالبة، فان الشخص الطالب لتغيير جنسه يخضع لعدة فحوصات قبل اجراء التداخل الجراحي وهي تخص مكونات جسده للتعرف من خلالها عما اذا كان يعاني من ضمور او غمور في الاعضاء التناسلية الذي يحملها او تحملها وصولا الى ان هناك مبررا" للتداخل الجراحي من عدمه؟ وهذا المبرر يدخل في اطار عدم المشروعية ان كان لا وجود للدواعي الجسدية الصريحة والغالبة كما عبر عنها الفقهاء لاجراء التداخل الجراحي.

الناحية الثانية: لا ضرورة للتداخل الجراحي، فان أي تداخل طبي علاجي او جراحي يجب – لكي يكون مشروعاً- ان تكون هناك ضرورة طبية او علاجية له ويلحظ انه قد تكون هناك ضرورة طبية لحالة ما معروضة امام الاطباء الا ان هذه الضرورة العلاجية لا تستوجب التداخل الطبي الجراحي بل يكفي العلاج النفسي وفقاً لبرنامج تاهيلي معين يقرره الاطباء لتخليص المريض من الالام النفسية والتي يقصد من وراءها الطبيب شفاء مريضه. فعند مخالفة ذلك أي عدم وجود الضرورة فيدخل عمل الطبيب تحت نص التحريم. وأن أجري التداخل الجراحي وكانت الضرورة الطبية علاجاً نفسياً فقط فيندرج هذا الفعل تحت اطار عدم المشروعية لعدم وجود الضرورة. كما يجب على الطبيب ان يتبع جميع قواعد السلوك المهني للاطباء وهو يمارس هذه المهنة الانسانية.

الناحية الثالثة: عدم جواز اجرائها بناء على الرغبة الشخصية للمغير لجنسه او ان لا تكون اهداف التداخل الجراحي لمجرد الرغبة بالتغيير، فلو يترك العنان للاطباء على سبيل الفرض ان يجروا مثل هذه العمليات وفقا لرغبة الشخص، فأننا نكون امام اشخاص يجعلون الناس عرضة للتجارب

---

(1) د. الشهابي ابراهيم الشرقاوي- المرجع السابق- ص٢١٢ .

الطبية والجراحات اللاخلاقية. فضلا عن السماح لهم بالمساس بالجسد الذي خصته الشرائع بالحرمة الخاصة التي تليق به كانسان مؤديا دوره في المجتمع بما يؤمن التطور له على الصعد كافة ، لا ان يكون وباء لانتشار انواع الشذوذ التي تبعده عن دوره الطبيعي.

المطلب الثالث

الموقف الفقهي والقانوني والقضائي ولوائح حقوق الإنسان من فعل التغيير

ونحن بصدد موضوع عدم مشروعية فعل التغيير يجب علينا اعادة التنوية الى ان هذا الموضوع يختلف عن حالات مرضية تستوجب التداخل الجراحي لوجود الضرورة الطبية والشرعية لها وتوافر قصد العلاج لدى الجراح مجري العملية مع وجوب اخذ رضا المريض او ذويه وقد اوردنا شرحا لهذه الحالات لتميزها عن حالة التغيير قدر تعلق الموضوع بها وانها لا تتم لمجرد الرغبة في التغيير، وان هذه الحالات تقترب كثيرا من الحالة موضوعة البحث لكون مخالفة شروطها وعدم التبصر باجراء الفحوصات المطلوبة يضعنا الى حد ما امام حالة تكاد تكون مجرد رغبة في التغيير لا تستوجب التداخل الجراحي ومنها حالة تصحيح جنس الانسان، ولكون كلتا الحالتين هذه تعرضان للحق بالسلامة الجسدية وان محل التغيير او التصحيح هو الجسم البشري الذي خصه المشرع بالحماية الجنائية وجعل انتهاكه والتعرض له بدون ضرورة طبية مساسا بـه، ولأن هناك موقفا فقهيا وكذلك قضائيا يقضيان بعدم مشروعية فعل التغيير وفقا لمبررات كل منهما وهناك قوانين ايضا اجازت عمليات تصحيح جنس الانسان بصورة مباشرة وفي الوقت نفسه لم تجز فعل التغيير ضمنا في حالة مخالفة احكام القانون والتعليمات الخاصة بتصحيح جنس الانسان فكان التعرض لحالة فعل التغيير بصورة غير مباشرة كالقانون العراقي[1]. وهناك ايضا من القوانين ما نصت على عدم مشروعية فعل التغيير بصورة مباشرة. فقسم من هذه القوانين عدت الفعل تشويها وقسم اخر عده فعلا يعاقب الطبيب عليه جنائيا" ثم ساتناول مدى تعارض لوائح حقوق الانسان المعلنة مع فعل التغيير كل ذلك سيكون مدار بحث في الافرع الاربعة التالية:

الفرع الاول
الموقف الفقهي

انعكاس هذا الاتجاه القاضي بعدم مشروعية فعل التغيير جاء من خلال طبيعة الشخص على جسمه وحريته التي يمارس من خلالها جميع انشطة الحياة وانه مبدأ لا يجوز المساس بـه على اعتبار أن ذلك يتعلق بالنظام العام. واكدت على ذلك اغلب القوانين وان من يمثل هذا الاتجاه هما جانب من الفقه الفرنسي والفقه الايطالي. مع الملاحظة ان الفقهاء الايطاليين يسلمون بنظرية

[1] انظر تعليمات وزارة الصحة العامة العراقية – المشار اليها سابقا .

الرضا الحر سببا لاباحة النشاط الطبي مستندين في ذلك إلى المادة (٥٠) من قانون العقوبات الايطالي حيث تضمنت قاعدة عامة عدت الرضا مبرر للجرائم التي تمس او تعرض للخطر حق شخصي يجوز التصرف فيه لكن هذا الحق مقيد بنص المادة(٤) من القانون المدني الايطالي التي اشترطت عدم مخالفة تلك الافعال للقانون او النظام العام والاداب الحسنة وتصرفات الشخص على سلامته الجسدية تكون مشروعة شريطة الا يترتب على الفعل نقص دائم في كيانه البدني من حيث السلامة الجسدية[١].

وتأسيسا على ذلك فان أي تدخل جراحي دون رضا المريض يكون مخالفا للنظام العام وان الهدف من ورائه اضافة لذلك يجب ان يكون العلاج. فبعدم توافر هذا نكون امام حالة نشاط طبي غير مشروع. عليه وفقا لهذه الشروط اقر هذا الاتجاه عدم مشروعية هذا الفعل وان المساس بمبدا حرمة الجسم يجعل منه فعلا غير مشروعا وهو مبدأ يضع الانسان فوق الاتفاقات القانونية ولايكون محلا لها، عليه فلا يجوز ان يخضع لعمليات جراحية غير مأمونة النتائج وينجم عنها الكثير من المخاطر. والجانب من الفقه الفرنسي استند إلى عدم مشروعية هذا الفعل عدم وجود الضرورة وهذا ما نصت عليه المادة ٢٢ من قانون آداب مهنة الطب الفرنسي وهو ان أي عمل جراحي اذا لم تتوافر له الضرورة العلاجية فان يتجرد عن المشروعية حتى لو كان بناء على رضا صاحب المصلحة[٢].

إذ ان جسم الانسان هو الكيان الذي يباشر الوظائف الحيوية وهو محل لهذا الحق وهو يعد من الحقوق الشخصية يصونها المجتمع لكل الافراد وان الاعتداءات عليها يعني المساس بحق الانسان في الحياة وتكامله الجسدي[٣].

فهذا المبدا وكما أوردناه يعد من الحقوق الشخصية واللصيقه بها. فرفض أي مساس بسلامة الجسم او عدم الخضوع للعمليات الجراحية او الطبية ويعد من تلك الحقوق ويعتبر مبرراً للرفض ايضا[٤].

---

(١) شعبان ابو عجيله عصارة- المسؤولية الجنائية للطبيب عند استخدام الاساليب المستحدثة في الطب والجراحة دراسة مقارنة – رسالة دكتوراه – جامعة بغداد- كلية القانون ٢٠٠١–ص٢٢ .

(٢) د. عمر فاروق الفحل – المرجع السابق- ص٨٧٥ .

(٣) د. حسن عودة زعال – المرجع السابق- ص٢٣ .

(٤) Jean carbonnier. Droit Civil (introduction les personnes): paris. 1982. P 234 والمشار اليه في د.منذر الفضل المرجع السابق ص ٢٧.

إذ انه يكاد يجمع الفقه على ان اعمال الطبيب او الجراح لا تكون مشروعة الا فـي حالـة علاج مرضاهم وشفائهم من الامراض التي المت بهم وهي الغاية التي من اجلها رخص القـانون لهم بمزاولة هذه المهنة[١].

هذا من ناحية وظيفة الطبيب او الجراح، اما وظيفة اهل القانون الطبيعية جـاءت لتـامين التعايش السلمي في المجتمع البشري وتحقيق الانسجام بين نشاطات مجمـوع الافـراد فيـه، أذن القانون من هذه الناحية يمثل اساس النظام الاجتماعي وتامين انسجامه ووسيلة بقائه وارتقائـه [٢]. عليه فلا مجال لتأيد الاطباء فيما ذهب جانب منهم الى المناداة باجراء هذا النـوع مـن النشـاط الجراحي فلا يجوز السير وراء طموحاتهم الشخصية. إذ ان هذه الطموحات تصطدم بالقواعد التي تحكم العلاقات الاجتماعية والمبادئ التي يرتكز عليها المجتمع، لذا ذهب الرأي الفقهي الى خطـر التغيير الارادي ولا يجوز التذرع انه يجرى خارج ارادة صاحبه. إذ ان هذا الاخيـر يحـاول ان يثبت للمجتمع مظهراً خارجياً عكس طبيعة جنسه. والذي لا يقبل ايضا من الاطباء انهم يجعلـون من المغير لجنسه بحالة توافق بين جسده وشعوره، إذ ان ذلك من باب أولى واجب القـانون فهـو الذي يحدد توجيهات المجتمع[٣].

فان كان ادعاء الاطباء صحيحا فيمكن ان يتم التوافق بالعلاج النفسي لا بالتداخل الجراحي الذي يضعنا امام حالة رجل مسخ أصله امراة، أو مسخ امراة اصلها رجل ضاربين عرض الحائط كل قوانين الطبيعة بهذا الخصوص.

الفرع الثاني

الموقف القانوني

السلوك الذي يمثل الجريمة يكون من شانه اهدارا لمصلحة قانونية تكون محلا للحماية، او يشكل هذا السلوك تهديدا لها بالخطر وان من يتصدى لهذه الافعال هو قانون العقوبات والغاية من وراء ذلك أبقاء المجتمع مستقرا وسليما من خلال حماية المصالح الاساسية لـه. ومـن حيـث ان الجريمة تشكل تهديدا بالخطر او اهدارا لمصلحة محمية تكون على نوعين الاول جـرائم خطـر والثاني جرائم ضرر، النوع الاول يجرمه المشرع لمجرد الخشية من حدوثه فهو يـروم حمايـة المصلحة من الخطر الذي يتهددها. والى منع الاضرار بتلك المصالح التي يضفي القانون عليهـا حمايته، اما النوع الثاني وهو جرائم الضرر فهي تلك الجرائم التي تهدر المصلحة محل الحمايـة سواء أكان كليا أو جزئيا إذ ان الضرر فيها يقيني ويكون على مصلحة الحق في سلامة الجسم كما

---

(١) شعبان ابو عجلية – المرجع السابق – ص٣٣ .

(٢) د. رياض القيسي – المرجع السابق – ص٤٣ .

(٣) د. احمد محمود سعد – تغيير الجنس بين الحظر والاباحة – المرجع السابق ص٥٢٤ .

في جرائم الايذاء. ويلحظ ان اغلب الجرائم هي جرائم ضرر حيث يكون نموذجها القانوني في ان يترتب على السلوك ضرر له اثر في العالم الخارجي، وقد يكون ماديا كجسم الانسان وسلامته الجسدية وقد يكون معنويا كالشرف والاعتبار[1].

وهي قد تقع عمدا وقد تقع بغير عمد وذلك بتوافر القصد الجنائي لدى مرتكبها فأنها تكون عمدية وافتراض انتفائه بالنسبة للجرائم غير العمدية[2]. وقد تكون الجريمة متعدية القصد[3].

فلو افترضنا ان المشرع قد نص على تجريم الفعل موضوع البحث تجريماً مباشراً في قانون العقوبات العراقي فانه سوف يندرج تحت لواء جرائم الضرر من ناحية انه يمثل اعتداءً صارخا على الحق في السلامة الجسدية، وهو فعل أيضاً يجب تاثيمه والتصدي له لحماية تلك المصلحة حتى وان كان التصدي له لمجرد الخشية من وقوعه وانتشاره وذلك لمنع الاضرار الناجمة عن تلك الجراحات اللااخلاقية.

ولاسيما اذا ادركنا ان الخط الفاصل بين التحويل الجنسي- وهذه الحالة التشخيص فيها يعد مسالة معقدة La diagnostic complexe -والتخنث الظاهري او فعل التغيير لمجرد الرغبة به. ليس على درجة كافية من الوضوح. وانه يجب رفض كل تعديل جسدي صناعي كما في فعل تغيير جنس الانسان حيث يمكن الحصول عليه ببعض الطرق التي يمكن ان تقع تحت طائلة القانون الجنائي إذ يتعلق تاثيرها على الجنس العادي والمبدئي للشخص الذي يكون محلاً للتغيير[4]. إذ ان المصلحة محل الحماية هي مصلحة الانسان في حماية جسمه حماية شاملة من الافعال التي تشكل عدوانا عليه، او على هذه المصلحة المحمية[5]. والعدوان كما مر ذكره قد يكون نقصانا لاحد اعضاء الجسم او قصوره عن اداء عمله الطبيعي او تشويها له.

فأن المشرع العراقي قد فعل خيرا عندما اصدر تعليمات تصحيح جنس الانسان مظهرا مدى اهتمامه بجانب التشخيص[6]. لان هذا الجانب وكما اسلفت من المسائل المعقدة وهو في الوقت نفسه يكون سابق لاجراء التداخل الجراحي، فحالة ما اذا كان التشخيص خاطئاً او انه جاء مسايرا لرغبة طالب التغيير المجردة فاننا بهذه الحالة تكون امام عملية جراحية لتغيير الجنس ان اجريت طبعا وفقا لهذا الافتراض، إذ ان هذه الحالة المرضية قد يعاني صاحبها من تخنث ظاهري مثلا فلا

---

(1) محمد مروان علي- المصلحة المعتبرة في التجريم- رسالة دكتوراه- جامعة الموصل- كلية القانون- ٢٠٠٢ ص٦٤.

(2) د. حميد السعدي - شرح قانون العقوبات الجديد- الجزء الاول- دار الحرية للطباعة- بغداد- ١٩٧٦ ص٣٢٧.

(3) انظر المادة ٤١٠ من قانون العقوبات العراقي ١١١ لسنة ١٩٦٩.

(4) د. احمد محمود سعد - تغيير الجنس بين الحظر والاباحة - المرجع السابق ص٥٢١.

(5) جندي عبد الملك- الموسوعة الجنائية- الجزء الخامس- ط١- دار احياء التراث العربي- بيروت- ص٧٧٧.

(6) انظر المواد ٢-٤ من التعليمات -وزارة الصحة المشار اليها سابقا .

تستلزم حالته اجراء التداخل الجراحي وانما يكفي العلاج النفسي وهذا ما حصـــل لطالـــب طـــب الازهر. إذ ان تشخيصة ابتداءً كان خاطئا حيث كان الفحص الاولي الذي اجري له يتضـــمن انـــه يعاني من حالة اضطراب في الهوية الجنسية Transexualisme وعلى اســـاس هـــذا التشـــخيص أجريت الجراحة، لكن بعد ذلك تبين انه رجل كامل الذكورة وصفاته الذكورية من ناحية الاعضاء التناسلية مكتملة النمو ولا يعاني من اية تشوهات في اعضائه، وقد ثبت بعد الجراحة التي اجريت أنها كانت غير لازمة فكان يكفي العلاج النفسي لحالته مع التوقف عن تناول الهرومونات الانثوية التي كان يتناولها. ومن الجدير بالذكر ان المشرع العراقي جعل كلا من ادارة المستشفى والطبيب الجراح مسؤوليين عن اجراء أي عملية تصحيح جنس خلافا لاحكام القانون والتعليمات الصـــادرة بشان التصحيح المنوه عنها (المادة السادسة من التعليمات). عليه ومن هذا الجانب ولاحتمال الخطا في التشخيص يكون المشرع قد تصدى لهذه الحالة- حالة التغيير – بصورة غير مباشـــرة وذلـــك بالمساءلة القانونية وفق القواعد العامة.

وان ادارة المستشفى والطبيب الجراح تكون مسؤوليتهم منعقدة عند اجـــرائهم أي عمليـــة تصحيح جنس خلافا للشروط الواردة في التعليمات والمطلوب توفرها في طالب التصـــحيح وفقـــا لمتطلبات الحالة المرضية هذه المنصوص عليها وأستكماله الفحوصات اللازمة للوقوف على حالته قبل اتخاذ القرار باجراء العملية من عدمه.

اما المشرع اللبناني فكان تصديه لفعل تغيير جنس الانسان مباشراً وصريحاً عندما اعتبره تشويهاً كل علاج طبي او جراحي يؤدي الى تغيير الجنس ويؤثر في مستقبل المريض[1].

وأن المشرع اللبناني كان غير موفق عندما اورد الشق الاخير من هـــذه المـــادة الخـــاص بالتاثير في مستقبل المريض، فكل علاج طبي أو جراحي يؤدي الى تغيير الجنس هو يـــؤثر فـــي الوقت نفسه في مستقبل المريض خصوصا انه ينقله من حالة الى حالة معاكسة لجنسه، فهل هناك تغيير جنس يتم اجراؤه لشخص ما غير مؤثر في مستقبله. أعتقد أن عدم ايراد هذا الشق افضل من ايراده تلافيا لما قد يطرح من ادعاءات يقدمها الطبيب تتضمن عدم تاثير التداخل الجراحي الـــذي أجراه على مستقبل المريض، وما يتمخض عن هذه الادعاءات من اشكال يكون الغرض من ورائها اضفاء المشروعية على مثل هكذا جراحات.

اما فيما يخص قانون العقوبات الكندي فأن الطبيب يعاقب جنائيا اذا مارس عمليـــة تغييـــر جنس بدون ادنى ضرورة والعقوبة تكون وفقا للمواد (٢٢٨ ، ٢٤٥) عقوبات كندي وهي الحـــبس لمدة تصل الى خمس سنوات لكل من تسبب بدون وجه حق في ايذاء الغير بدنياً او تعدى عليـــه.

---

(١) انظر قانون الآداب الطبية العامة اللبناني لعام ١٩٩٤ المادة ٣٠/٥ .

وقد تصل العقوبة الى اربعة عشر سنة اذا كان ايذاء الغير عن طريق الجرح او احداث التشـويه لديه وتعريض حياته للخطر، فان ما يجعل الطبيب تحت طائلة العقاب هو ان يجري العملية بدون ضرورة، اما اذا تمت لهدف علاجي فأنه لا مانع من اجراءها ويكفي لتحقيق ذلك قرار الطبيب اذا تضمن ان المريض يعاني من آلام نفسية ناجمة عن عدم اتساق المظهـر الخـارجي لاعضـائه التناسلية وشعوره بالانتماء الى الجنس الاخر. ويلحظ على القانون الكندي انه اطلق العنان للطبيب في تقدير اجراء العملية من عدمه فله وحده تقدير الضرورة العلاجية فإذا ما انحرف عن اصـول مهنته واجرى عملية بدون ضرورة فان ذلك يضعه تحت وطأة المسؤولية[1].

بيد ان شرط الضرورة والهدف العلاجي الذي يقرره الطبيب وحده يجعله شرطا غير مهـم لان الطبيب الجراح هو الذي يحدد الهدف العلاجي ويسبب اجرائه وجود الضرورة الطبية المتمثلة بوضع حد لالآم المريض النفسية. وأعتقد ان ذلك غير كاف لتحديد الضرورة الطبية لاجراء مثـل هكذا تداخلات جراحية، اذ يجب ان تكون هنالك لجنة من اطباء متعـددي الاختصاصـات تقـرر بالاجماع ان هناك ضرورة لاجراء العملية من عدمه منعاً لوقوع جراحات لا اخلاقية وايضا إلـى جانب وجود اللجنة الطبية هذه يجعل من السهل جدا علينا الوقـوف علـى حقيقـة امـر الحالـة المعروضة امامها.

الفرع الثالث

الموقف القضائي

بعد ان اكتشف امر طالب طب الازهر من ان التداخل الجراحي الذي اجري له كان بدون دواع طبية. إذ ثبت بعده انه يتمتع بصفات الذكورة الكاملة، فقررت الجامعة التي ينتسب اليهـا الطالب فصله. فطلب الطالب المذكور وقف قرار الفصل هذا من محكمـة القضـاء الاداري فـي الدعوى المرقم (٢٣٢) وبعد الاطلاع على الحيثيات الخاصة بالدعوى اتخـذت المحكمـة قـرارا بتاريخ ١٩٨٩/١١/١٤ والذي تضمن (ان الطالب كان مكتمل الذكورة وكانت أعضاؤه التناسـلية مكتملة النمو ولم تكن لديه أعضاء تناسلية انثوية خارجية او داخلية. وان اجراء العملية الجراحيـة كان بدون دواعي طبية على الاطلاق. فضلا عن انه كان يتشبه بالنساء في الملبس والزينة فيكون قد خرج عن السلوك السوي والآداب الاسلامية الفاضلة التي يلزم توافرها فيمن ينتسب الى جامعة الازهر) [2]. ويلحظ من القرار ان المحكمة لم تعول على الجانب النفسي لفعل التغيير.

---

(1) د. احمد محمود سعد – تغيير الجنس بين الحظر والاباحة– المرجع السابق ص٢٩٢.

(2) د. علي حسين نجيدة– بعض صور التقدم الطبي وانعكاساتها القانونية في مجال القانون المـدني (التلقيح الصناعي وتغيير الجنس) – مطبعة كلية الحقوق – جامعة القاهرة– مصر– ١٩٩١/٩٠ ص٨٠.

هذا فيما يخص القضاء المصري. لكن في قضية عرضت على القضاء التونسي فاتخذ هذا القضاء احكاما كانت أكثر وضوحا وأنجع تحليلا من ناحية عدم مشروعية فعل التغيير وتنافيه واحكام شريعتنا الغراء ومخالفته للنظام العام وما أستقر عليه العلم حديثاً. ويمثل هذا الموقف اتجاها قضائيا حديثا نظرا لحداثة الواقعة التي عرضت على المحكمة الابتدائية بجمهورية تونس والتي طعن بقرارها امام محكمة الاستئناف بتونس واتخذ على اثرها الموقف القاضي بعدم مشروعية جراحة تغيير جنس الانسان التي اجريت لطالب الاستئناف، عليه ساتناول هذا الحكم وحثيثاته وما جاء بموقف محكمة الاستئناف بشيء من التفصيل وفقا لما يأتي:

اولا: وقائع الدعوى

تتلخص وقائع الدعوى في ان المدعي كان شاباً يدعى (س بن ع)، ادعى امام المحكمة الابتدائية بتونس بانه ولد ذكر في الاصل، غير انه وبعد مرور الوقت حسب ما جاء بأدعائه اصبح انثى حين تغيرت اعضاؤه طبيعيا لصفة انثوية، وقد نما له نهدين وشعر في العانة نمواً أنثوياً مضيفا الى ان الاعضاء التناسلية هذه تثبت صفاته الانثوية، مما اضطره والحال هذا الى اجراء عملية جراحية في اسبانيا لتغيير اعضائه التناسلية الى الشكل الانثوي. وقد تلخصت طلباته، الحكم بعده انثى وليس ذكر والطلب بان تاذن له المحكمة – بحمل اسم الانثى "س" والاذن لضابط الحالة المدنية بادراج ذلك في السجلات والقيود الخاصة[1].

وكان من ادلتيا الثبوتية شهادة طبية مترجمة الى العربية صادرة عن الجراح الاسباني (مجري العملية) جاء بمضمونها ان هذا الشاب اجريت له عملية لتغيير الاعضاء التناسلية الخارجية تضمنت تقويم مهبلي بفرج واشفار وعمق فرجي للمهبل يشابه ما لدى الاناث وكان تاريخ الجراحة عام ١٩٨٩. وقدم للمحكمة أيضاً – تقريرا طبيا صادراً عن الطبيب الاختصاص بامراض النساء (عبد الحميد قوبعة) بمستشفى شارل نيكول اكد ان المذكور له خاصيات انثوية، وانه لا يمكن ان يكون الا من الجنس النسوي.

ثانيا : – قرار المحكمة الابتدائية – المرحلة الابتدائية

كان من مجريات الاضبارة الابتدائية ان يفحص الشاب طبيب. وفعلا قد اكد الاخير بعد الفحص الذي اجراه. ان الاضطراب النفسي ادى به الى القيام باجراء عملية لتغيير جنسه وبالتالي ان هذا الفعل ارادي وبموجبه وقع تغيير أصطناعي. وكان بالامكان معالجته نفسيا وتجنيبه اللجوء الى القيام بتصرفات لا تمكنه من تغيير حقيقي لجنسه باعتبار أن المقومات البيولوجية والتناسلية لجنسه الحقيقي لا تكسبه مظهرا للجنس المعاكس لجنسه باجراء العملية الجراحية. هذا وقد استندت

---

[1] قيدت الدعوى بالعدد ٥٩٨٤ بتاريخ ١٩٩٢/٥/٢ .

المحكمة إلى التقرير الطبي هذا والصادر من الطبيب رفيق بوخريص. عليه قررت المحكمة الابتدائية رفض الدعوى وتحميل القائم بها المصاريف مسببة قرارها بان تغيير جنس المعني كان بفعل فاعل وبصورة اصطناعية خلافا للقانون الجزائي ومقتضياته وخلافا للديانات السماوية.

ثالثا : قرار محكمة الاستئناف – المرحلة الاستئنافية

استأنف القرار الابتدائي المدعي المذكور لمخالفته القانون ولعدة أسباب وردت بلائحته، منها ان القرار اعتمد على طبيب غير مختص وان التغيير الحاصل ليس نتيجة نزوة وانما بسبب اضطراب نفسي ولم يكن مساسا بالنظام العام وان ما صار اليه لا يمكن تداركه مما يجعله امام حالة قانونية غير عادية. مضيفاً بواسطة وكيله ان فقه القضاء الفرنسي تركز على حرية الشخص في تغيير جنسه طبقا لقناعته وان دور القضاء يقتصر وهذه الحالة على احترام الفرد واختياره. طالبا للاسباب الواردة في لائحته هذه نقض الحكم الابتدائي والحكم وفقا لما جاء بطلبات الدعوى واستدعائها [١].

اصدرت محكمة الاستئناف قرارا بتاريخ ١٩٩٣/١٢/٢٢ تضمن ، قبول الاستئناف شكلاً ورفضه اصلاً وتاييد الحكم الابتدائي واجراء العمل به وتخطئة المستانف بالمال المؤمن وتحميله المصاريف القانونية، اذ ان مثل هذه الحالة يتحتم معها الرجوع الى الفقه الاسلامي والى القانون المقارن أيضاً عند الاقتضاء للقياس عليه ذلك بسبب عدم تعرض القضاء التونسي الى مثل هذه الاشكالية، خصوصاً ان المستانف تعرض باطناب الى الخنثى دون ان تكون المسالة كذلك . فهي تعتبر حديثة الوقوع ومستحدثة نظرا للتطور الحاصل في العلوم الطبية . وتطرق القرار الى ما جاء باحكام القران الكريم من توازن في الكون الذي لولاه لفسد قاصدا التوازن بين الذكور والاناث، واللعنة التي خصها الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم بالمتشبهين بالنساء وان حالة المستانف المذكور لا تشكل ضرورة وان العمل الجراحي هو عمل ارادي بحت بعيدا عن الدواعي الطبية مخالفا بذلك الموروث الحضاري والاخلاقي لهذه الامة، وان القضاء ليس دوره اقرار الحق بصفة مطلقة وانما اقرار له، شريطة ان يكون مطابقا للقانون والنظام العام. واكدت المحكمة على انه لا يمكن مجاراة ما توصل اليه الاوربيون لاختلاف الحضارات على اعتبار ان كلا من القاضي الاوربي والقاضي العربي مقيد بمخزون حضاري وثقافي مختلف احدهما عن الاخر واخيرا ان تغيير الجنس بصفة ارادية وتلقائية يتنافى واحكام الشريعة الاسلامية والنظام العام وما استقر عليه العلم حاليا، عليه توجب تقرير الحكم الابتدائي والعمل بموجبه [٢].

---

(١) قيدت بمحكمة الاستئناف – تونس بالرقم ١٠٢٩٨ .

(٢) مجلة القضاء والتشريع – العدد يناير ١٩٩٤ – جمهورية تونس – ص١٠٩ وما بعدها . وللمزيد من الافادة الرجوع الى د الشهابي ابراهيم الشرقاوي – المرجع السابق – ص٢٦٠ وما بعدها .

ويتضح ان هذا القرار يعد اتجاها رافضا لفعل تغيير جنس الانسان الظاهري وانــه بحــق يستحق الاشادة من حيث الاسباب التي انتهجها والمسوغ الرافض لجراحات المسخ المحرمة هــذه والتي اعزى احد اسبابها للارتباط الوثيق بالموروث الحضاري والاخلاقي لأمتنا وشريعتنا الغراء التي تدخل هذا الفعل تحت لواء التغيير في خلق الله المحرم كما اسلفت، عليه فانه يمثل انموذجــا يتسم بالرقي في مجال تسبيبه بعدم مشروعية فعل التغيير الارادي الذي يتم لمجرد الرغبة المجردة غير السائغة.

اما القضاء الفرنسي فله موقف سابق يقرر مشروعية فعل التغيير وآخر لاحــق ســاتطرق لتلك المواقف بمناسبة مشروعية الفعل بالمنظور القضائي .

لكن هناك حكمين عبرت عنهما محكمة النقض الفرنسية اكدت فيها عدم مشــروعية فعــل التغيير، ففي حكم لها صادر في ١٩٨٧/٣/٣ رفضت فيه تغيير الجنس وقضت بعدم ترتيب اثاره، معللة هذا الرفض بان الجراحة تمت نتيجة لحالة نفسية مما يجعله تغييرا اراديا دون دواعٍ طبيــة فرفض طلب تغيير جنس الطاعن من ذكر الى انثى مع تاييد الحكم الصادر من محكمة الموضوع التي ذهبت الى ان الشخص لا يزال رجلا من الناحية الجينية وانه لا يزال يحمل تلــك الصــفات المتعلقة بجنس الرجل أيضاً وان الانتماء الى جنس معين لا يكون من خــلال الشــعور النفســي بالانتماء له او في الصفات الجنسية الثانوية لهذا الجنس مثل الصوت[١].

وحكم اخر صدر بتاريخ ١٩٨٨/٦/٧ رفضت تغيير الجنس مــع تاييــد قضــاء محكمــة الموضوع فيما ذهب الى كون الاعتبارات النفسية والاجتماعية التي كانت وراء تبرير تغيير الجنس لم ترق لتبرير التغيير[٢].

الفرع الرابع

موقف لوائح حقوق الانسان من فعل التغيير

حقوق الانسان او اعلان الحقوق كلها وثائق يترك للافراد تنظيمها. وهــي وثــائق تضــع الضمانات التي تكفل حقوق الافراد وحرياتهم او أنها تذكر الاسس والحدود التي بموجبها تتــدخل الدولة لتنظيم هذه الامور بعيدا عن التعسف والفوضى، فالسلطة بموجب هذا التوجه تنبثــق عــن الشعب وتعمل بحدود الحق ولاجل الصالح العام. ويذكر ان اول اعلان لحقوق الانسان هو الاعلان الامريكي وقد ذكرته وثيقة الاستقلال التي وضعها جيفرسن وتضمنها ايضا دستور ماساوشسن

---

[١] د. الشهابي ابراهيم الشرقاوي – المرجع السابق – ص٢٥٤ .

[٢] د. احمد محمود سعد – تغيير الجنس بين الحظر والاباحة – المرجع السابق – ص٢٦٤.

الصادر في ١٥/حزيران / ١٧٨٠ والتي اكدت ان الافراد جميعا خلقوا متساوين ومنحوا من خالقهم حقوقاً غير قابلة للانتزاع وهي الحق في الحياة، والحق في الحرية، والسعي نحو السعادة ، ثم جاء بعد ذلك اعلان حقوق الانسان والمواطن الذي صدر بعد الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩ وجعل مقدمة لدستور ١٧٩١ للجمهورية الفرنسية والذي عد غاية كل مجتمع سياسي هي المحافظة على حقوق الانسان الطبيعية وغير القابلة للتقادم، ونص على حق الامن والطمأنينة وذكرت نصوص المساواة بانواعها. بعد ذلك تتابعت اعلانات الحقوق وكثر التصريح بها في اغلب الدول ولاسيما بعد الحرب العالمية الاولى[١].

وجاء ميثاق الامم المتحدة الذي اكد تعزيز احترام حقوق الانسان والحريات الاساسية للناس جميعا بل وعلى التشجيع على اطلاق هذه الحريات بدون تمييز بسبب الجنس او اللغة او الدين ولا تفريق بين الرجال او النساء[٢].

وبعد ذلك اقرت الجمعية العامة لهيئة الامم المتحدة في دورتها الثالثة المنعقدة في باريس وثيقة الاعلان الدولي لحقوق الانسان ولهذه الاخيرة اهمية بالغة واكدت ان لكل فرد الحق في الحياة وفي الحرية وفي ضمان شخصيته وما الى غير ذلك من حقوق متعلقة بالحريات وتجعل جميع الافراد متساوين في الكرامة والحقوق[٣]. وتماشيا مع فكرة حقوق الانسان المعلنة فيا ترى هل ان للمغيرين لجنسهم ان يحتجوا بان هذه اللوائح جميعا جاءت مقدسة للحرية الشخصية للانسان وان عملهم هذا لا يتعارض واحكامها ومع ما جاءت به من حقوق مصانة. ولهم الحق في استخدامها بالتصرف او التنازل حتى وان كانت قوانين دول هؤلاء لا تجيز هذه الجراحات، على اساس ان هذه اللوائح جاءت مؤيدة وضامنة لكل الحقوق؟ الاجابة عما تقدم يتمثل في ان ذلك الاحتجاج بالتاكيد يتعارض معها ولا يجوز لهم القول بذلك او التذرع به من ناحيتين.

الناحية الاولى: هو ما جاء بنص المادة ٢٧ من اعلان حقوق الانسان العالمي والتي جاء فيها:

أ. على الفرد واجبات تجاه المجموع ليستطيع ان يحقق لشخصيته نمواً حراً كاملاً.

ب. لا يخضع الفرد في التمتع بحقوقه وممارسة حرياته الا الى الحدود التي يضعها القانون لضمان احترام حقوق وممارسة حرياته ولمماشاة المقتضيات العادلة للاخلاق والنظام العام والطمأنينة الشاملة في مجتمع ديمقراطي.

---

(١) د. اسماعيل مرزة - القانون الدستوري- دراسة مقارنة- دار صادر منشورات الجامعة الليبية- بدون سنة طبع- ص ٣٥٨ وما بعدها.

(٢) انظر البند الثالث من المادة الاولى - لميثاق الامم المتحدة.

(٣) انظر المواد ١-٤ من اعلان حقوق الانسان العالمي الصادر عن منظمة الامم المتحدة في ١٠/ديسمبر/١٩٤٨.

ج. لا يجوز في حال من الاحوال ان تمارس هذه الحقوق وهذه الحريات بشكل يتنافى واهداف الامم المتحدة ومبادئها.

والحق في السلامة الجسدية كما اسلفت يعد من الحقوق اللصيقة بالشخصية والتي يرجع الاساس في الاعتراف بها الى مدرسة القانون الطبيعي وهذه المدرسة اثرت في القانون الفرنسي (قانون نابليون) وكذلك الامر اثرت في الفقه الفرنسي. وهذه ترى ان الانسان يولد حراً ومتمتعاً بحقوق طبيعية بفطرته الانسانية وهي حقوق اساسية كالحق في الحياة والحق في الاسم والحق على الجسد ، ثم استقر هذا الحق في الكثير من الدساتير واعتبر من جمله مبادئ الاعلان العالمي لحقوق الانسان والمواطن [1].

الناحية الثانية: ان هناك اجراءات موضوعية لحماية حقوق الانسان Thematic Mandates التي بدأت العمل بموجبها عام ١٩٨٠ لجنة حقوق الانسان واللجنة الفرعية وقد اتبعت هذه اللجان منهج في الحماية الدولية لها هدفها وفي بادئ امرها كان لحماية حق من حقوق الانسان او رصد تطبيق احد الصكوك الدولية لحقوق الانسان. بعدها توسعت هذه الاجراءات لتشمل مختلف حقوق الانسان حتى نهاية دورة ٢٠٠٢ لهذه اللجنة، ومنها موضوع حق الانسان في التمتع باعلى مستوى من الصحة البدنية والعقلية ورصد تطبيق هذه الحقوق لان الغاية من الحماية الدولية لهذه الحقوق هي وقف انتهاكاتها وتحسين حالة حقوق الانسان عبر التعاون الدولي[2].

وعلى اساس ما تقدم افلا يعد فعل تغيير الجنس في قوانين حتى الدول التي اجازت هذه الجراحات انتهاكا لموضوع الحق في الصحة البدنية وتشجيعا له في الوقت الذي خلصنا فيه سابقا الى ان الصحة البدنية والحق في سلامة الجسم حق يكفله المجتمع لكل المواطنين، حسب تقديري ومع وجود هذه الضمانة فانه يعد انتهاكا لها فكان على الدول التي اجازت تغيير الجنس ان توقف العمل به وبالقوانين المنظمة له لضمان حقوق هؤلاء الاشخاص بالتمتع بالصحة البدنية باعلى مستوى لها وتوعيتهم بعدم الاقدام على مثل هذه الجراحات اللااخلاقية، لأن هذه الحقوق نصت عليها لوائح حقوق الانسان وان ممارسة الشخص لهذه الحريات لا تكون الا في الاطار والحدود التي يضعها القانون وممارساتها تتماشى ومقتضيات الاخلاق والعدالة والنظام العام، عليه فالتعارض واضح أي ان موقف لوائح حقوق الانسان المعلنة تتنافى وفعل تغيير جنس الانسان الذي يتعارض أيضاً مع أبسط قواعد الاخلاق.

---

[1] د. منذر الفضل – المرجع السابق – ص٢٨.

[2] باسيل يوسف – دبلوماسية حقوق الانسان المرجعية القانونية والاليات –ط١– الناشر بيت الحكمة– بغداد ٢٠٠٢ ص١٥٤.

المبحث الثاني
مشروعية فعل التغيير

لاحظنا في المبحث الاول ان هناك من القوانين التي تصدت الى فعل تغيير الجنس بصورة مباشـــرة مثل قانون الاداب الطبية اللبناني لعام ١٩٩٤ والذي يعد هذا الفعل تشويها (العلاج الطبي او الجراحـــي المـــؤدي الـــى تغيير الجنس) وغيرها من القوانين التي تطرقت اليه، فالحال نفسه لموضوع مشروعية فعل التغيير أي اباحة العمليات الجراحية المؤدية الى تغيير جنس الانسان الى الجـــنس المعاكس لجنسه ، فهناك قوانين نظمت هذا الموضوع بنصوص قانونية صريحة معترفة بهـــذا الجراحات المسخ خلافا للموروث الانساني وفطرته محددة لشروط اجرائها وحالاتها ومرتبة فـــي ذات الوقـــت لاثارهـــا، وهـــناك قوانين أيضاً لم تنص صراحة على اباحة هذه العمليات او الجراحات لكن كان الاستناد في اباحتها الى قوانين الاخصاء والعقم الصادرة فيها فكان الاعتراف بهـــا ضمنا واخيرا وهناك ايضا قوانين لم تنص او تنظم هذه الجراحات لا بصورة صريحة ولا ضـــمنية أي ان تشريعاتها جاءت خالية من النص عليها فاستندت في اباحتها الى مشروعية اعمال الجراحة والعلاج والتطبيب تاركة الامر فيها لمناقشات فقهية واحكام قضائية اقرت وقضت باباحة فعل التغيير كلا بحسب منظوره. عليه سأتناول هذا الموضوع بمطالب ثلاث.

الاول: سيكون للقوانين التي اباحت عمليات تغيير الجنس صراحة.

الثاني: للقوانين التي اباحت عمليات تغيير الجنس ضمنا.

الثالث: ساخصصه للقوانين التي لم تنظم هذه الجراحات.

المطلب الاول
القوانين التي اباحت عمليات تغيير الجنس صراحة

نظمـــت هـــذا النوع من العمليات الجراحية المؤدية الى تغيير جنس الانسان حسب شعور ورغـــبة طالـــب التغيـــير نحو الجنس الاخر، وحسب احساسه وميله الحقيقي بالانتماء الى الجنس المعـــاكس لجنســـه كـــلا من القانون السويدي وقانون المانيا الديمقراطية السابقة، إذ وضعتا هذه القوانين تنظيماً دقيقاً لها وفيما ياتي بيان لموقف القانونين المذكورين.

الفرع الاول

موقف القانون السويدي [١]

تضمن هذا القانون تنظيما دقيقا لفعل تغيير جنس الانسان وقد اورد شروطا تتعلق بطالب التغيير وما يستلزمه هذا الامر من موافقات اصولية ونص على الحالات المرضية المشمولة بالموافقة على اجراء التداخل الجراحي مع تحديد جهة الطعن بالقرارات التي تصدرها الجهة المختصة لاجراء العملية الجراحية من عدمه، ونظم ايضا عدم جواز افشاء الاسرار والمعلومات الخاصة بطالب التغيير وحالة جوازها، كذلك حدد طريقة مباشرة الاجراءات الجنائية بحق مرتكبها، وساتناول وبفقرات اربعة شروط اباحة فعل التغيير والحالات التي تجوز فيها الجراحة وايضا موضوعي الجهة المختصة باصدار القرارات الخاصة في البت بطلبات التغيير ثم الجرائم وعقوباتها الواردة بهذا القانون وكما ياتي:

اولا: شروط اباحة فعل التغيير:

لاباحة هذا الفعل في ظل القانون السويدي نوعان من الشروط. شروط تتعلق بطالب التغيير واخرى تتعلق بطلب التغيير ومرفقاته الاصولية.

أ. الشروط المتعلقة بطالب التغيير:

١. يجب ان يكون سويديا او متمتعا بالجنسية السويدية.
٢. ان يكون غير متزوج.
٣. ان يكون عقيما او غير قادر على الانجاب لاسباب اخرى.
٤. ان يكون مقيدا بالسجلات الوطنية.
٥. ان يكون قد شعر منذ شبابه انه لا ينتمي الى الجنس المدون بالسجلات الوطنية.
٦. ان يكون قد اتم الثامنة عشر من عمره وان لا يكون خاضعا للوصاية أن كان عمره اقل من ذلك. ويبرر هذا الشرط لتكون لديه القدرة على اعطاء الرضا الصحيح [٢]. اما اذا لم يتم الثامنة عشر من عمره وكان الامر يتعلق بحدث لا يقل عمره عن اثنتي عشرة سنة فيلزم والحالة هذه ايضا الحصول على رضاه لصحة تغيير جنسه[٣].

ب. الشروط المتعلقة بالطلب ومرفقاته الاصولية:

---

[١] صدر هذا القانون في ٢١/ابريل/ ١٩٧٢م. والمشار اليه في د.محمود احمد سعد – تغيير الجنس بين الحظر والاباحة- المرجع السابق- ص٤٤٩ ومابعدها، وكذلك محمد المحجوب الاطريطر- المرجع السابق- ص٦٣٦، ود.عمر فاروق الفحل- المرجع السابق ص٨٧١.

[٢] المادة الاولى منه.

[٣] المادة الثانية منه.

١. ان يتم تقديم الطلب من قبل طالب التغيير شخصيا، او من قبل وليه اذا كان الطلب يتعلق بحدث لا يقل عمره عن اثنتي عشرة سنة.

٢. ان يقدم الطلب الى الهيئة الادارية العليا[١].والاخيرة تقوم بفحص وتدقيق الطلب من حيث توافر الشروط بطالب التغيير وطلبات ترخيص اباحة الفعل واجراء الجراحة.

٣. يجب ان يتضمن الطلب الموافقات الاصولية لطلب التغيير وتكون برفقته الموافقة المسبقة على انتمائه للجنس الاخر وتكون مشروعة ومستقلة عن تحديد جنسه المسبق[٢].والموافقة الخاصة بحصول طالب التغيير على تصريح او اذن باجراء العملية[٣].على ان يتضمن الطلب تحديدا للطبيب الذي سيقوم باجراء العملية الجراحية وهذا التحديد يكون لحين صدور الاذن باجراء العملية.اما اذا لم يتم التحديد فيتم اجراؤها بواسطة احد الاطباءالعاملين بالمستشفى الذي سيتم فيه اجراء التداخل الجراحي[٤].

٤. ان يدون قرار الهيئة الادارية العليا على طلب التغيير لاغراض الطعن فيه[٥].ولنا ملاحظة على ما ورد من شروط لاباحة الفعل موضوع البحث، تحديداً الشرط الخاص بعدم الزواج فالافضل ان يكون على اقل تقدير لم يسبق له الزواج تلافيا لما قد يحصل لاطفاله من زواج سابق خصوصا ان موضوع العقم او عدم الانجاب ممكن ان يختلق من طالب التغيير او انه بمحض صدفة يتعرض لمرض تؤدي نتائجه الى عدم القدرة على الانجاب اويسلك طريق الاخصاء والعقم كما سنرى هناك قوانين نضمت هذا الموضوع، وبذلك ينأى هذا القانون بتجنيب اطفال هذا الشخص لما سيحصل لهم فبعد تغيير جنسه هل يعتبر اباً لهم أم اماً أم ماذا ؟ وهذا ما حصل لرجل الاعمال العراقي (وك) إذ اقدم على تغيير جنسه وله من فراش الزوجية طفلين فما مصير هؤلاء الاطفال؟ وكثيراً من التساؤلات قد تثار عن مثل هذا الموضوع ازاء الوضع الجديد الذي يصبح عليه المغير لجنسه بعد عملية التغيير[٦].

---

[١] انظر المادة الخامسة من القانون .

[٢] المادة الاولى منه.

[٣] المادة الرابعة منه.

[٤] المادة الرابعة- الشق الاخير منها.

[٥] المادة السادسة منه.

[٦] هذا ويذكر ان رجل الاعمال العراقي (و ك) غير جنسه من ذكر الى انثى بعملية جراحية اجريت له في بريطانيا بعد ان تناول جرعات من الهرمونات لهذه الغاية واطلق على نفسه بعد ذلك اسم سمننا. المعلومة تجدها للدكتور محمد حمد خليص الحربي – ما هو راي الدين في عملية تغيير الجنس ١٩٩٨/١٢/١٤ المتاحة على الموقع الالكتروني. http:www.alsaha.com/sahat/forum.

ثانيا: الحالات التي تجوز فيها الجراحة

قد اورد هذا القانون حالتين اجاز فيهما عملية تغيير الجنس لمن توافرت فيه فضلاً عن الشروط المتقدمة الذكر وهي :

الحالة الاولى: حالة التغيير نتيجة الرغبة والشعور النفسي.

ان ينتاب حسب ما ورد بنص القانون طالب التغيير شعورا او رغبة نحو الجنس الاخر فضلاً عن ان تتوافر لديه القدرة على ان يلعب الدور الجنسي المعاكس لجنسه في المستقبل. وان يكون هذا الشعور او هذه الرغبة قد جرى سلوك طالب التغيير عليها منذ وقت طويل [1]. عليه يتبين ان هذه الحالة هي حالة تغيير جنس حسب الرغبة النفسية المجردة لطالب التغيير وحسب ميله الجنسي المعاكس لجنسه، فاذن المعيار الذي أتبعه القانون السويدي لاباحة هذا الفعل هو المعيار النفسي. وهو في الوقت نفسه المعيار المعتمد لتحديد جنس الانسان هناك حسب ظاهر النص، وهذا ما لا يقبله العقل والمنطق وقد خلصنا سابقا انه وللوقوف على حقيقة أي حالة مرضية من هذا النوع يجب ان تكون هناك لجنة طبية من عدة اختصاصات لكي تكون نتائج ما تتوصل أليه صائبة ومتوافقة مع ما تتطلبه حالة المريض من علاج، فضلاً عن ذلك فأن المعايير الواردة سابقا الخاصة بتحديد جنس الانسان والتي هي معيار العلامات الظاهرة والباطنة والمعيار البايولوجي والمعيار النفسي كلها بمجموعها تصلح ان تكون محلا لهذا التحديد لا ان يتم اخذ احداها مفصولا عن المعايير الاخرى تلافيا للخطأ في تشخيص الحالة وما ينم عن هذا الخطا من انتشار لمثل هذه الشذوذات اذا تم اعتماد الرغبة النفسية المجردة لطالب التغيير.

الحالة الثانية: حالة التغيير نتيجة التشوهات في الاعضاء التناسلية.

تتمثل في ان الشخص حسب نص القانون يعاني من تشوهات في أعضائه التناسلية وتكون هذه على درجة من الجسامة حتى يثار حولها الشكك من انتمائه الى جنس دون اخر. وان يكون هناك امكانية لاجراء عملية تقويم لتلك التشوهات لجعلها اكثر تلاؤماً مع الجنس المراد التحويل اليه او اكثر تواؤماً مع التكوين البدني العام لصاحب التغيير [2].

ويلحظ على هذه الحالة انها غامضة وغير واضحة، لان التشوهات المذكورة في هذا النص تحتمل اكثر من معنى فقد تحصل التشوهات بفعل فاعل او بفعل طالب التغيير شخصيا لكي يضع الجهات المسؤولة عن ذلك امام امر واقع يروم من ورائه اجراء عملية تغيير لجنسه، او قد تكون هذه التشوهات بسبب عملية الختان التي اجريت للشخص بخطا من الشخص المختص باجرائها،

---

[1] انظر المادة الاولى من القانون السويدي المشار اليه.

[2] المادة الثانية من القانون.

وقد تكون هذه التشوهات أيضاً خلقية منذ بدء التكوين الخلقي او الجيني كما في الخنثى وتعارض علامات الذكورة والانوثة لديه كأن يكون طمور في احداها وغمور في الثانية وتستلزم معها الحالة اجراء التداخل الجراحي لازالة هذا الغموض واظهار الجنس الغالب لديه ولا تسمى هذه العملية بعملية تغيير جنس وانما عملية اظهار للجنس كما مر ذكره.

اما ان المادة تشير الى تصحيح جنس الانسان باجراء عملية التقويم المذكورة فلا اعتقد ذلك لان اغلب حالات تصحيح جنس الانسان ممن يكونون غير قادرين على الانجاب والرغبة بالميل الى الجنس الاخر تكون على الرغم منهم أي انه يشعر بنفسه أنه ينتمي الى الجنس المعاكس لجنسة على الرغم منه ومن شعوره فيما لا يكون خفيا تشريحة الجنسي العام[1].ويلحظ ان هذا القانون يتطلب ان يكون المتقدم لطلب التغيير عقيما او غير قادر على الانجاب لاسباب اخرى وكما مر بيانه كل هذه الاشكاليات يمكن ان تثيرها هذه المادة بسبب عدم وضوحها فيجب تحديد من هو المقصود بها لكي يكون مشمولا باحكامها، لكن قد يكون المقصود بها الخنثى المشكل لان هذا القانون أورد ان هناك موافقة مسبقة يجب ان يحصل عليها طالب التغيير خاصة بانتمائه للجنس الاخر تمنح له بناء علي طلبه، وتكون مشروعة استقلالاً عن التحديد المسبق للجنس وفقا للمادة الثانية [2]. والمادة الثانية خاصة بالتشوهات وانه حسب نص القانون يجرى تحديد مسبق لجنس طالب التغيير بغيه اجراء عملية التقويم لاظهار الجنس الغالب لديه. خصوصا ان النساء المتحولات (الخناثى) يكن عقيمات وكذلك الذكور بالرغم من طبيعة الشكل الخارجي الا انهم يعانون من ضمور في الاعضاء التناسلية وتكون الجينات الجنسية لديهم غير طبيعية[3].

لكن مع ذلك نجد ان هذا القانون بايراده الاباحة وفق هذه الشروط لفعل تغيير جنس الانسان حسب الرغبة المجردة من الناحية النفسية. وايراده نص المادة الثانية الخاصة بالتشوهات مع ما تثيره من اشكالات وفقا لما تقدم وبدون ايضاح للمقصود منها يكون قد فتح الباب على مصراعيه لمن يرومون تغيير جنسهم وهذا يعد من الماخذ على هذا القانون.

ثالثا: الجهة المختصة باصدار القرارات الخاصة في البت بطلبات التغيير

تقدم الطلبات بعد استكمال شروطها المطلوبة قانونا الى الهيئة الادارية العليا وهذه تقوم بدورها بدراسة هذه الطلبات وفحصها بغية تدقيق كل ما جاء فيها من الشروط الواردة في المادتين الاولى والثانية المتعلقة بطالب التغيير وتلك المتعلقة بطلب التغيير ومرفقاته بما فيها الموافقات

---

(1) Suzanne J. kessler and Wendy Mekenna. -op.cit- p.115.

(2) انظر المادة الاولى من القانون السويدي.

(3) Arnold- op. Cit- P.178.

الاصولية وطلبات الترخيص الواردة في المادة الرابعة المنوه عنها انفا للاطلاع حول ما اذا استكمل الشروط من عدمه.

فاذا كان هناك اجراء لم يستحصل الموافقة بشأنه من قبل طالب التغيير خصوصا الحصول المسبق على تصريح خاص يتضمن الموافقة على التدخل الجراحي[١]. فيحق لهذه الهيئة رفض طلب التغيير وعدم اعطاء الموافقة على اجرائها، ولكون هذه الجهة ادارية وقرارها كذلك. فيستطيع طالب التغيير ان يمارس حقه في الطعن بهذا القرار. والجهة صاحبة النظر بهذا الطعن هي محكمة القضاء الاداري [٢]. وهي بدورها صاحبة الكلمة الفصل في هذا القرار من حيث موافقته للقانون أو عدمه ، ويلحظ أن القانون لم يورد نصاً اذا كان بامكان طالب التغيير ان يسلك طريقا اخر للطعن او يستطيع ان يطعن بالقرارات التي تصدرها محكمة القضاء الاداري.

رابعا: الجرائم الواردة في هذا القانون وعقوباتها

اورد القانون جريمتين : الاولى خاصة بافشاء المعلومات والثانية مخالفة احكام القانون عليه ساتناول هذه الجرائم بالشرح وذكر عقوبتها حسب نص القانون .

الاولى: جريمة افشاء المعلومات

نظم هذا القانون وكما راينا فعل تغيير جنس الانسان عن طريق التداخل الجراحي لمن توافرت فيه الشروط المنصوص عليها واستحصل الترخيص بذلك والموافقات الاصولية المطلوب منه تقديمها قبل اجراء العملية الجراحية. وهذه الاوراق تتضمن معلومات عن الحياة الخاصة لصاحب الشان فيها. فاذا ما اوكل النظر في هذا الموضوع لشخص ما من القائمين بهذا العمل وقام بافشاء هذه المعلومات فان القانون بهذه الحالة يضعه تحت وطأة المسؤولية الجزائية في حالة المخالفة فأن كانت عمداً أو اهمالاً تكون العقوبة بالغرامة والحبس مدة لا تزيد عن سنة. على ان لا تباشر بحقه الاجراءات الجنائية الا بناء على شكوى من المجني عليه، مما يعني ان هذه الافعال سواء كانت عمدا او اهمالا لا يجوز تحريك الدعوى الجزائية فيها الا بناء على شكوى من المجني عليه، اما اذا كانت المصلحة العامة تتطلب ذلك فان هذه الملاحقة تتم وفقا لهذا القانون بدون شكوى المجني عليه، مع ملاحظة ان كل ذلك يجب ان يتم دون تصريح مسبق من صاحب الشان مما يعني ان كان هناك تصريح سابق لهذه الحالة فلا عقاب على من افشى المعلومات الخاصة بحياة طالب التغيير[٣].

---

[١] انظر المادة الرابعة والخامسة من القانون السويدي .

[٢] انظر المادة السادسة من القانون.

[٣] انظر المادة السابعة من القانون.

الثانية : جريمة مخالفة احكام القانون

تضمن هذا القانون عقابا لمن يخالف أحكامه عمداً أو أهمالاً اذا حصل هذا الفعل خارج الاطار القانوني لاباحة فعل التغيير، إذ ان القانون يبيح هذا الفعل وكما راينا لكنه في الوقت نفسه يفرض العقوبة على المسؤول جزائيا عن هذه المخالفة ليس على أساس عدم مشروعية الفعل ولكنه يفرضها إذا كانت خارج إطار الاباحة المنصوص عليها في مواده من شروط وموافقات خاصة نوهنا عنها أنفاً.

وتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد عن الستة اشهر اذا لم يكن هذا الفعل معاقبا عليه في قانون العقوبات فاذا كان كذلك فان قانون العقوبات السويدي بهذه الحالة هو القانون الواجب التطبيق[١].

ويلحظ ان العقوبة المذكورة أنفاً تخص التداخل الجراحي الخاص بتقويم وموائمة الاعضاء التناسلية للمريض لجعلها تتلاءم والجنس الاخر مع ما جاءت به المادة الرابعة من احكام حول هذا الموضوع[٢].

الفرع الثاني

موقف قانون المانيا الديمقراطية السابقة

تضمن هذا القانون تنظيما لجراحات تغيير جنس الانسان وخص هذا التنظيم الاشخاص الذين يعانون من نوع الجنس الذي ينتمون اليه على ان تكون لديهم احاسيس حقيقية بالميل الى الجنس الاخر. عليه فأنه يجب على طالب التغيير ان يقدم طلبا رسمياً بعد ان يستوفي الشروط الآتية :

اولا: ان يبلغ من العمر ٢٥ سنة.

ثانيا: الا يكون قد تزوّج .

ثالثا: ان يكون فاقدا القدرة تماما على الانجاب.

رابعا: ان يبدي استعداده لاجراء العملية الجراحية الخاصة باعضائه التناسلية بغية اكسابها مظهرا يتفق واعضاء الجنس الاخر وان تكون لديه رغبة قوية نحو العملية ، هذا وقد وردت هذه الشروط في المادة الثامنة من هذا القانون[٣].

---

(١) انظر المادة الثامنة من القانون.

(٢) انظر الشق الاول من المادة الثامنة من القانون.

(٣) صدر هذا القانون في ١٠/سبتمر/١٩٨٠ مشار اليه في د. عمر فاروق الفحل – المرجع السابق ص٨٧٢ و د. احمد محمود سعيد- تغيير الجنس بين الخطر والاباحة- المرجع السابق ص٤٦٢ و د. الشهابي ابراهيم الشرقاوي- المرجع السابق ص٢٣٠ و د. علي حسين نجيدة- المرجع السابق – ص٧٤.

يلحظ ان هذا القانون أيضاً اعتمد على احساس وميل طالب التغيير الى الجنس المعاكس لجنسه لاغراض اباحة فعل تغيير جنس الانسان الارادي وحسب رغبته القوية لذلك، مما يدلل على ان هذا القانون اعتمد على المعيار النفسي مقياساً لتحديد جنس الانسان وأساساً لاباحة هذا الفعل وقد تطرقنا الى الماخذ حول الاخذ بهذا المعيار منفردا وانه يجب اضافة لذلك اعتماد المعيار البايولوجي او الكروموزومي مع الاخذ بنظر الاعتبار المظهر الخارجي للاعضاء التناسلية الخارجية والداخلية لاغراض هذا التحديد. واعتماد رأي لجنة من اختصاصات متعددة كتلك التي نص عليها قانون الصحة العامة العراقي في التعليمات المنظمة لعمليات تصحيح جنس الانسان[١]. اما اذا أعتمد على المعيار النفسي كما في هذا القانون فأنه سيقود بنا الى جنس حسب الرغبة او الطلب وهذا ما ترفضه قواعد الاخلاق كما وضح سابقا.

هذا ولنفترض ايضا ان شخصا ما اراد تغيير جنسه وابدى استعداده لذلك بعد ان توافرت فيه الشروط التي يتطلبها هذا القانون لاجراء مثل هذه العملية طالما ان تكون اعضائه الجنسية (التناسلية) متطابقة والمظهر المتفق تماما لاعضاء الجنس المعاكس لجنسه، وان هذا الطلب تقدم به بناء على رغبة قوية ورضاء حراً صادراً عنه، وهو في وضع يؤهله اعطاء مثل هذا الرضا. فاذا تمت موافقته على هذا الطلب فان هذا الرضا لا يعتد به وفقا لقانون العقوبات الالماني، لكون هذا القانون يشترط لعدم مساءلة الجاني عن الافعال الماسة بسلامة جسم المجني عليه ان لا تكون مخالفة للاداب [٢]. مما يعني ان مثل هذا الفعل المخالف للأداب والفطرة الانسانية لا يجعل مقترفه بمنأى عن المساءلة بالرغم من ادعائه في ان هذا الفعل تم برضا المجني عليه، حتى وان كان هذا الرضا ممن هو مؤهل لاعطاءه. وقد توافرت فيه الشروط المتقدم ذكرها، عليه كان على من اقر بمشروعية هذا الفعل وفق شروطه ملاحظة قانون العقوبات مع ما جاء به من احكام تنظم الحياة الاجتماعية، لا ان يتم اباحة مثل هذه الافعال المخالفة للاداب وبالتالي يفترض ان يكون الجاني تحت وطأة المسؤولية لا ان يكون بمنأى عنها.

---

[١] ذكرت هذه التعليمات ان اللجنة تتالف اطباء في جراحة المجاري البولية والنسائية والتوليد والطب النفسي والوراثة الخلوية اضافة الى الموظف القانوني الذي يكون دوره التوجيه وتفهيم ذوي مقدم الطلب عن الاثار القانونية للتغيير. انظر المادة الاولى من التعليمات ٤ في ٢٠٠٢/١١/١٧.

[٢] Strafgesetzbuch (StGB) 15/Mai/1871 (RGBI.S.127) 25Ljanuar/1998 (BGB,i.i.S.164) No 228 مع ملاحظة ان هذه المادة موجودة في قانون العقوبات الملغي في الصفحة ١٢٧ ووردت بقانون العقوبات الالماني الجديد الصادر في ١٩٩٨/١/٢٥/ المادة ٢٢٨ منه في الصفحة ١٦٤.

المطلب الثاني

القوانين التي اباحت عمليات تغيير الجنس ضمنا

هناك قوانين اقرت بمشروعية عمليات تغيير الجنس واباحتها بصورة ضمنية استناداً الى أحكام قوانين صادرة ابيح بمقتضاها عمليات الاخصاء والعقم وهي القانون الالماني والسويسري والدنماركي والنرويجي. وقوانين اخرى نضمت اجراءات ما بعد فعل التغيير الحاصل لجنس الانسان وهي قانون كولومبيا البريطانية وقانون البرتا ودول اخرى مثل روسيا التي اجازت التصديق الاداري على هذا الفعل، عليه سانتاول هذه القوانين في فرعين مستقلين وكما ياتي:

الفرع الاول

القوانين التي اباحت فعل تغيير الجنس استنادا الى اباحة الاخصاء والعقم

اجاز القانون الالماني الاتحادي[1] . لمن تتوافر لديه امكانية اعطاء الرضا الحر والمستنير ويكون قد بلغ من العمر ٢٥ سنة العمليات الجراحية التي تؤدي الى اخصاء او عقم الشخص سوى أكان ذكراً أو أنثى. شريطة ان تنطوي هذه العملية على ميزة علاجية تقديرها يكون للطبيب، وتستوي الميزة العلاجية ان كانت للوقاية او الشفاء او مجرد تسكين شذوذ جنسي يعاني منه الشخص طالب الاخصاء او العقم، على ان يتم اخباره بطبيعة ومدى جسامة المخاطر المرتبطة بالعملية . ويعد ذلك علاجا يمتد ليشمل فعل التغيير وكذلك الامر في القانون السويسري[2]. مع توافر قصد العلاج الذي امتد ليشمل عمليات التحول الجنسي مع الاكتفاء برضا الشخص بهذا الشان.

اما القانون الدنماركي[3]. فقد اباح الاخصاء للاشخاص الذين يصابون بشذوذ جنسي نتيجة عيب في تكوينهم الفسيولوجي أو كان انحطاطاً خلقياً جسيماً يدفعهم الى ارتكاب الجريمة، واشترط القانون ان تجرى هذه العمليات لمن يتمتعون بالجنسية الدنماركية، ولمباشرتها يجب الحصول على موافقة وزارة العدل الدنماركية. والقانون النرويجي[4]نظم امر هذه العمليات ايضا واكتفى ان يكون سببها خطيرا وينفرد الطبيب بتقديره وتقدير الرضا الصادر من المريض[5].

---

[1] صدر هذا القانون بتاريخ ١٥/اب/١٩٦٩. وللمزيد من التفصيل راجع محمد المحجوب الطريطر- المرجع السابق- ص٦٣٦

[2] صدر هذا القانون سنة ١٩٤٥- ويذكر ان سويسرا تقرر مشروعية عمليات الاخصاء والعقم منذ تلك السنة.

[3] صدر هذا القانون بتاريخ ١١/٥/١٩٣٥.

[4] صدر هذا القانون بتاريخ ١/يونيه/ ١٩٣٤.

[5] د. عمر فاروق الفحل – المرجع السابق – ص٨٧٢-٨٧٣.

وقد أوردت هذه القوانين نقطتين رئيستين الأولى هي ان للاطباء وحدهم تقرير الميزة العلاجية على ان ينفرد الطبيب بتقدير ما اذا كان سبب العملية خطير مع وجود قصد العلاج اما النقطة الثانية هي ان تستوي الميزة العلاجية اذا كانت للوقاية او الشفاء او مجرد التسكين للشذوذ الجنسي.

نتساءل هنا، ماذا يكون الحال اذا اطلق الاطباء العنان لانفسهم- مع احترامنا الشديد لهذه المهنة الانسانية- من اجل ارضاء شهواتهم العلمية وكما ذكرنا سابقا، الا يعد ذلك تشجيعا لهم في ان يكون الجسم البشري محلا للتجارب وغزواً للكيان الجسدي الذي خصته اغلب القوانين الجنائية بالحماية القانونية. وبما لا يليق بمهنة الطب الانسانية لما ينتج عن هذه الجراحات من كائن مسخ لا يعرف اذكر هو ام انثى؟ وبالنتيجة يكون لا هذا ولا ذاك.

اما نتائج عملية الاخصاء فتمثل بتقليل الاثارة والقوة الجنسية للذين يجرون هذه العمليات[١]. فاذا كان الامر المطلوب هو عدم ارتكابهم الجرائم كنتيجة لشذوذهم هذا فان عملية الاخصاء وحدها كافية لكبح جماحهم الجنسي فلا مسوغ لاجراء عملية تغيير الجنس لديهم.

وطالما ان الموضوع يخص التسكين حسب ما جاء بنص القانون، فهل تعد هذه الجراحة تسكينا لهذا الشذوذ؟ الجواب بالتاكيد كلا لان أحاسيس وتصرفات الذكر والانثى الشاذة واتجاهه الى نفس الجنس علاجه يكون من خلال الطب النفسي وليس من خلال التدخل الجراحي[٢].

خصوصا ان العلاج النفسي يعطي نتائج افضل بكثير من تلك التي تعطيها نتائج العلاجات المادية كجراحة الاخصاء وجراحة التغيير بل وقد ثبت ان العلاجات الهرمونية عديمة الفائدة على اختلافها في علاج الانحرافات الجنسية لدى الجنسين[٣]. فكان على تلك القوانين ان تترك الامر لطريق العلاج النفسي لعلاج هذه الانحرافات والشذوذات الجنسية لا ان تبيح عمليات تغيير جنس الانسان استنادا لاباحة الاخصاء والعقم لديها .

الفرع الثاني

القوانين التي اباحت فعل تغيير الجنس استنادا الى تنظيمها اجراءات ما بعد التغيير

صدر قانونان هما قانون كولومبيا البريطانية وقانون البرتا ALberta في كندا قرر الاول ان للشخص غير المتزوج والذي سبق له وان اجرى عملية تغيير لجنسه ان يتقدم بطلب لمدير مصلحة الحالة المدنية بطلب فيه تغيير البيان المتعلق بجنسه في شهادة ميلاده. ويكون برفقة هذا

---

(١) د. على كمال – المرجع السابق– ص٣٠٢.

(٢) محمد رفعت – العمليات الجراحية وجراحة التجميل– اشترك في تاليفه نخبة من اساتذة كليات الطب بمصر ط٢ دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت / لبنان ١٩٧٧ ص٨٤.

(٣) د. على كمال – المرجع السابق – ص٣٠١.

الطلب الشهادة الطبية الصادرة من الجراح الذي اجرى له العملية والتي على اثرها تم تغيير جنسه الى الجنس المعاكس. مما يعني ان هذا القانون نظم الاثر المترتب على اجـراء عمليـة التغييـر الخاص بالجنس الوارد في شهادة الميلاد. اما قانون البرتا لم يتطلب هذا القانون ان يكون الشخص غير متزوج اما ما تبقى فهو كسابقه[1].

وهناك دول مثل روسيا اجازت التصديق الاداري على هذا النوع من العمليـات وهـذه الاجـازة تضفي المشروعية الضمنية على هذه العمليات الجراحية[2].

وفي انكلترا والنرويج اجازت قوانينها لمن يغيرون جنسهم ان يستردوا نفقات هذه الجراحة من الضمان الاجتماعي، هذا ويذكر ان صدور اللائحة الخاصة بالجرائم الجنسية في بريطانيا عام ١٩٦٧ ادى الى التخلص من كل عقبة قانونية تواجه الاعتراف بمشروعية هذه الجراحـات إذ ان هذه اللائحة لا تعترض أي عملية جراحية تهدف الى تحقيق هدف علاجي[3].

وقد اوردنا سابقاً ان فعل تغيير جنس الانسان تلك الجراحة اللااخلاقية لا تكسب صـاحبها الا مظهرا للجنس المعاكس لجنسه أي ان التغيير يكون ظاهريا عليه نجد ان هذه القوانين بتغيرها البيانات الوارد في السجلات المدنية الخاصة بحالته المدنية في الحقل الخاص بجنسه قد اعترفـت بالتغيير الحقيقي للجنس وهذا ما لا يستطيع ان يدركه بني البشر ومهما وصل العلم إليه في المجال الطبي من تطور وتقنية عالية المستوى، اذ ان العملية الجراحية الخاصة بفعل التغيير تكسبه مظهرا خارجيا للجنس المعاكس لجنسه فيكون التغيير فيها في الشكل ليس الا فكان على هذه القوانين عدم ترتيب مثل هذا الاثر كنتيجة للتغيير. وباختصار شديد ان فعل التغيير يفقـد صـاحبه خصائصـه الجنسية بعد ان يتم استئصال الاعضاء الجنسية لديه دون ان يكتسب من هذا الفعل خصائص النوع المعاكس لجنسه والذي جرى التغيير على اساسه.

اما فيما يخص الشرط الخاص بعدم الزواج فقد خلصنا سابقا بان من الافضل بان يكون لم يسبق له الزواج كما في قانون المانيا الديمقراطية الصادر في ١٠/سبتمر/١٩٨٠ مار الذكر فكيف والحال بقانون البرتا الذي لم يشترط كونه الشخص غير متزوج فلا مانع من ان يكون متزوجا مع ما يترتب عن ذلك من اثار سلبية بحق ذريته ان كان متزوجا.

هذا وقد اعتمدت هذه القوانين على الشهادة الطبية الصادرة من الجراح الذي اجرى عمليـة التغيير لاتخاذها معيارا لاجابة المغير لجنسه على طلبه الخاص بتغير جنسه في سجله المدني وهذا

---

[1] د. احمد محمود سعد – تغيير الجنس بين الحظر والاباحة – المرجع السابق – ص٤٦٤.

[2] د. علي حسين نجيدة- المرجع السابق- ص٧٤.

[3] د. الشهابي ابراهيم – المرجع السابق – ص٢٣٢.

ايضا تسجيع اخر للاطباء على غزو الجسم البشري والذي يجب ان يكون على اقل تقدير ضمن الاعمال المشروعة الغاية من وراءها خدمة البشرية بما يقدمه الاطباء من خدمات جلية للانسان لا ان تكون هذه الخدمات الغاية من وراءها هدم التراث الانساني في التناسل.

المطلب الثالث

مشروعية الفعل في القوانين التي لم تنظم عمليات تغيير الجنس

وهي في الحقيقة تمثل اغلب القوانين التي لم تتناول فعل تغيير الجنس في نصوص قوانينها لا بصورة صريحة ولا ضمنية. فيصح عليها القول انها التزمت حيال هذا الموضوع جانب الصمت ، لكن في بعضها وانطلاقا من مبادئ قانونية عامة فيها، أهمها أن فعل التغيير عندما يقدم عليه الشخص فأنه يعد مظهراً من مظاهر حريته ومباشرته على عناصر جسده، لذلك تضعنا هذه المسالة أمام مهمة صعبة من خلال البحث على التوازن المطلوب تحقيقه لصالح الفرد والمجتمع في اطار التقدم القانوني وان تناولها يؤدي الى انسجام القانون مع الحقائق الطبية والفنية وجانبها العلمي المتطور[1].

ولغياب النص التشريعي فيها ومن خلال مناقشات فقهية وضع اطرها الفقهاء واخرى احكام قضائية صدرت لتقرر مشروعية فعل التغيير، ركزت هذه المناقشات على ان للفرد الحق في اختيار جنسه وقد تمحورت ايضا على قصد العلاج لدى الطبيب وهو يمارس عمله الطبي واسناد هذا العمل الى القواعد العامة في اعمال الطب والجراحة وصولا الى اباحته، كون هناك ضرورة علاجية حسب رايهم مما يعني ان الطبيب وهو يمارس نشاطه الطبي على المريض قد اقتنع ان هذه العملية قصد من وراءها علاج مريضه وقام بتخليص هذا الاخير من الآمه، وهناك رأي كما سنرى للمحاكم التي اقرت مشروعية هذا الفعل تضمن ان هذه المشروعية تستند الى نظرية الضرورة على اساس ان كل عمل طبي او جراحي اذا لم يتوافر فيه ضرورة علاجية فأنه يتجرد عن المشروعية، ولاغراض معرفة مدى توافق هذه الطروحات مع مشروعية الفعل ساقوم بتسليط الضوء اولا على مشروعية اعمال الجراحة والعلاج مع بيان حكم فعل التغيير فيها ومن ثم سأتناول مشروعية الفعل وفق المنظورين الفقهي والقضائي اللذين اجازا هذه العمليات بالرغم من غياب النص التشريعي في قوانينها وفق الفروع الثلاثة وحسب الاتي:

---

(1) د.احمد محمود سعد – تغيير الجنس بين الحظر والاباحة – المرجع السابق – ص٥٠٠ .

الفرع الاول
مشروعية اعمال الجراحة والعلاج وبيان حكم فعل التغيير ضمن نطاقها

ان غرض المشرع من تجريم الافعال والنص عليها في القوانين الجنائية هو حماية الحق محل الاعتداء، فهو يجرم الافعال التي من شانها الاعتداء عليه، حيث ان الحقيقة في هذا المجال ان الشارع لا يجرم الافعال لذاتها ولكنه يجرمها لان من شأنها الاعتداء على حق يحميه وكون الفعل من شأنه هذا الاعتداء هو علة تجريمه. وهذا التجريم يمتد الى جميع الافعال. ويجب ان تتحقق المساواة في صفة هذه الافعال طالما أن المساواة بينها متحققة من حيث أنها أعتداء على حق يحميه المشرع[1] .

هذا هو المبدأ لكن هناك اسباباً من شأنها تجريد الواقعة من صفتها الجرمية حتى وان شكلت اعتداء على حق يحميه المشرع كالحق في سلامة الجسم لمجرد تحقق احداها، وبالرغم من استكمالها لسائر العناصر القانونية اللازمة لقيام الجريمة. فعند توافر سبب من أسباب الاباحة يصبح الفعل مشروعا لانتفاء علة التجريم[2] . واسباب الاباحة اذا ما عرضت لسلوك خضع ابتداءً لنص تجريم وكان ذي صفه غير مشروعة ، فانها تخرجه من نطاق هذا النص وتخلع عنه عدم المشروعية وتعيده الى اصله فعلا مشروعا[3] . وتسمى ايضا باسباب التبرير كما اوردتها بعض القوانين العقابية ومنها قانون العقوبات الاردني المادة ٥٩ منه حيث نصت على (الفعل المرتكب في ممارسة حق دون اساءةِ استعماله لا يعد جريمة) [4] .

وان قانون العقوبات العراقي ذكر ثلاثة اسباب للاباحة وهي اداء الواجب واستعمال الحق وحق الدفاع الشرعي [5] . وفي نطاق القانون الجنائي تعد الغاية من تقرير الحقوق هي مصلحة المجتمع بالدرجة الاولى ليس مصلحة صاحب الحق نفسه فقط، ففي العلاج الطبي لا تكون المصلحة للطبيب وانما للمريض والمجتمع ايضا [6] .

عليه يتعين الوقوف على حقيقة الاساس القانوني لاباحة النشاط الطبي ومن ثم شروط اباحة هذا النشاط ونبين خلال ذلك وضمن نطاقها حكم فعل تغيير جنس الانسان.

---

[1] د. محمود نجيب حسني- المرجع السابق- ص٤٣٨ .

[2] د.محمد زكي ابو عامر- قانون العقوبات اللبناني- القسم العام - الدار الجامعية للطباعة والنشر ١٩٨١ ص٢٣٠ .

[3] د. علي حسين خلف و د. سلطان الشاوي - المبادئ القانونية في قانون العقوبات ١٩٨٢ ص٢٤٠ .

[4] كذلك قانون العقوبات اللبناني اقر بمبدا التبرير في المادة ١٨٣ (لا يعد جريمة الفعل المرتكب في ممارسة الحق بغير تجاوز)

[5] انظر المواد ٣٩-٤٢ من قانون العقوبات العراقي.

[6] د. حميد السعدي - المرجع السابق - ج١ - ص٣٢٦ .

اولا: الاساس القانوني لإباحة النشاط الطبي

قد اجمع الفقه والقضاء وكذلك القوانين العقابية في مختلف دول العالم على اباحة النشاط الطبي المتمثل في اعمال الجراحة والعلاج والوقاية للاطباء ومن في حكمهم كل بحسب اختصاصه، لا بل هناك تشجيعا من هذه القوانين على اباحة هذه الانشطة لانها ترمي الى هدف سامي ونبيل ومشروع في نفس الوقت، بالرغم من انها قد تفضي الى احداث ايذاء في جسم المريض، الا ان هذه القوانين رغم اتفاقها على مشروعية هذه الانشطة هناك خلاف حول الكشف عن اساس اباحتها وكان وفقا لا تجاهين، قانوني تقليدي والاخر حديث كل منهما طرح نظريات عديدة لتحديد الاساس القانوني لاباحة ممارسة الانشطة الطبية[1] . نعرضها وفقا لما يأتي:

أ.الاساس القانوني التقليدي

عرض فقهاء القانون الجنائي التقليديون نظريات الضرورة وانتفاء القصد الجنائي وكذلك نظرية رضا المريض بالعلاج.

١. نظرية الضرورة.

رأى جانب من الفقه أنّ جملة الاعمال المعاقب عليها تقرر لكونها محظورة بحكم القانون، لكن اذا كان القيام بهذا العمل ضروريا بحيث لا يمكن تجنبه باللجوء الى وسائل اخرى فانها تفقده صفة ان يكون محظورا وتجعله مباحا للضرورة. فاذا أفضى عمل الطبيب الى فقدان احد اعضاء جسم المريض فانه لا يعد مرتكبا لفعل جرمي ذلك لان فقد الجزء افضل من الموت[2] . هذا وان التداخل الجراحي في الحالات العاجلة يعد حالة ملحقة بسبب الاباحة المتعلق باستعمال الحق حتى وان كان بدون رضا المريض او ممثله الشرعي[3] . وبالتالي تخرج عن كونها ضرورة[4] . واعتبرت الضرورة من المآخذ عليها[5]. عليه إذا قمنا بتطبيق فحوى هذه النظرية على فعل تغيير

---

[1] د. ضاري خليل محمود- في الاساس القانوني لاباحة النشاط الطبي- مجلة العدالة – العدد ٤- السنة الرابعة ١٩٧٨ ص٥٦٧ .

[2] تغريد عبد الله الدخي- الاخطاء الطبية ومسؤولية الطبيب – دراسة فقهية قضائية مقارنة مع التركيز على النواحي الجزائية- دار انس للنشر والتوزيع – ٢٠٠٣ ص٥٣.

[3] انظر المادة ٢/٤١ من قانون العقوبات العراقي .

[4] تنص المادة ٦٣ من قانون العقوبات العراقي على حالة الضرورة بقولها "لايسال جزائيا من ارتكب جريمة الجاته اليها ضرورة وقاية نفسه او غيره او ماله او مال غيره من خطر جسيم محدق لم يتسبب هو فيه عمدا ولم يكن في قدرته منعه بوسيلة اخرى وبشرط ان يكون الفعل المكون للجريمة متناسبا والخطر المراد اتقاءه ولا يعتبر في حالة ضرورة من اوجب القانون عليه مواجهة ذلك الخطر" .

[5] تعد الضرورة مانعا من موانع المسؤولية وهناك جملة من المآخذ لاقتها هذه النظرية راجع في ذلك د. ضاري خليل محمود- في الاساس القانوني لاباحة النشاط الطبي- المرجع السابق – ص٥٧١ .

جنس الانسان على سبيل الافتراض إذا حصلت على هذا الاساس والمتضمن ان الفعل الذي يقوم به الجراح ضروريا للمغير لجنسه، بحيث لا يمكن له ان يستخدم وسائل اخرى للعلاج غيره، لكي نقر كما أقروا ان ما يقوم به الجراح كان للضرورة ولا سبيل له سوى ذلك، نقول ان ذلك يتنافى ومقتضيات الحقوق واهداف مهنة الطب ايضا إذ انها تهدف الى مبادئ سامية ونبيلة ومشروعة كما اسلفت. فأين هذه الاهداف من نتاج هذه العملية الذي يعد كائناً مسخاً فاقداً ليس لاعضائه الجنسية فحسب، وانما لدوره في بناء المجتمع كذلك والذي يشكل جزءا منه. واين مصلحة المريض والمجتمع من ذلك النشاط، لهذه الاسباب ولكون التداخل الجراحي لا يعد من الوسائل العلاجية لهذه الحالات فان القول بان ما قام به الجراح كان للضرورة مردود عليه.

٢. نظرية انتفاء القصد.

يرى أصحاب هذا الرأي ان القائم بالنشاط الطبي لا يقصد من وراء عمله هذا مجرد الايذاء انما يروم من ورائه شفاء المريض وتخليصه من آلامه ومن هذا المرض، عليه ينتهي هذا الراي الى ان العلة في اباحة النشاط الطبي تكون لانتفاء القصد الجنائي لدى القائم بالنشاط[١]. يلحظ ان هذه النظرية تخلط بين مفهوم القصد والباعث. وتؤدي الى نتائج غير منطقية منها اباحة النشاط الطبي للطبيب ولغيره ممن هو غير موهل لهذه المهنة[٢].

اما بخصوص الحالة موضوعة البحث فلا مجال حسب تقديري من القول في ان الطبيب عندما يجيب طالب التغيير على طلبه انه يقصد من وراء ذلك شفاء هذا الشخص وانقاذه،وعلى اثره يكون القصد الجنائي غير متوافر في فعله مما ينفي وجود الجريمة لانعدام ركنها المعنوي، عليه يمكن القول ان فعل الطبيب قد تم عن علم وارادة لديه فيما سيكون حال الشخص محل التغيير بعد أجراء التداخل الجراحي له فبذلك يتوافر بفعله هذا القصد الجنائي مما تنعقد معه مسؤوليته ، حيث وجه الطبيب ابتداءً ارادته الى ارتكاب الفعل المكون للجريمة بالوقت الذي يهدف من وراء فعله الى النتيجة التي تمخضت عن هذا الفعل[٣]. عليه فلا مجال لقبول قول الطبيب من ان فعله هذا كان لشفاء مريضه ولا محل للاسباب المتقدمة من تطبيق فحوى هذه النظرية على فعل تغيير جنس الانسان لان القول بعكس ذلك يؤدي الى نتائج خطيرة على المجتمع من ناحية ويشجع الاطباء على غزو الجسم البشري وجعله محلا لجراحات لا اخلاقية من ناحية اخرى.

---

[١] د. ضاري خليل محمود- في الاساس القانوني لاباحة النشاط الطبي- المرجع السابق - ص٥٧١ .

[٢] تغريد عبد الله الدغمي- المرجع السابق - ص٥٦ .

[٣] عرفت المادة ١/٣٣ من قانون العقوبات العراقي القصد الجرمي بانه (توجيه الفاعل ارادته الى ارتكاب الفعل المكون للجريمة هادفا الى نتيجة الجريمة التي وقعت او اية نتيجة جرمية اخرى) كذلك الحال في قانون العقوبات الاردني المادة ٦٣ منه .

٣. نظرية رضا المريض.

ذهــب هــذا الرأي الى أنّ أساس اباحة نشاط الطبيب هو رضا المريض بالعلاج. وهو ما يجعــل هذا النشاط مشروعا، لان الطبيب يكون ممثلاً عن المريض، أي ان الطبيب ليست له اية ارادة في العلاج فهو دائماً ينفذ رغبة المريض بالعلاج او الجراحة، وفي حالة غياب هذه الارادة لا يحــق له ان يجري أي عمل طبي، مما يعني وفقاً لهذا الرأي ان الرضا الصادر عن المريض يعد نــزولاً منه عن الحصانة التي يقررها القانون لجسمه فتنتفي بذلك عن العمل الطبي صفه الاعتداء وبالتالي يعد مباحا[١].

هذا وان التداخل الطبي او الجراحي في الحالات العاجلة يمكن أن يجريها الطبيب ولو كانت بغير رضا المريض او ممثله الشرعي في الحالة التي يكون فيها المريض متعرضا للهلاك، ان لم يجرِ له اللازم وذلك بعلاجه وفق الاصول الطبية المعمول بها[٢].

امــا فــي حالــة تغيــير جنس الانسان يمكننا القول، بان القوانين اوجبت ضرورة تبصير المريض بمخاطر التداخل الجراحي ومن قبل الطبيب مجري العملية، وقبل ذلك يكون قد استحصل علــى رضاه شريطه ان يكون هذا المريض مميزا فان لم يكتمل ذلك فان الطبيب يسأل عن نتائج فعلــه حتى وان لم يترتب عليه ضرر[٣]. فما بالنا والضرر الناجم عن هذه العملية ومن الانتقاص الحاصــل باعضاء الشخص والمتمثل باستئصال أعضائه الجنسية. في الوقت الذي يستقر فيه الفقه الجنائي الحديث على عدم التعويل على الرضا من جهة ولم يعط الحق في المساس بسلامة اعضاء الجســم مــن جهــة اخرى، اما ما استثني من وجوب اخذ رضا المريض فانها لا تنطبق والحالة موضوعة البحث.

ب .الاساس القانوني الحديث

طــرح معظــم الفقــه الجنائــي الحديث نظريتين كسند قانوني لاباحة النشاط الطبي هما الترخيص القانوني وأداء الواجب لذا سأتناولها بالبحث وفقاً لما يأتي:

---

[١] د. ضــاري خليل محمود – في الاساس القانوني لاباحة النشاط الطبي- المرجع السابق- ص٥٧٦ وكذلك انظر موفق علــي عبيد – المسؤولية الجزائية للأطباء عن افشاء السر المهني – ط١- دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان ١٩٩٨ – ص٤٠ .

[٢] انظر المواد ١/٤٢ من قانون العقوبات العراقي ويقابلها المادة ٢/١٨٦ من قانون العقوبات اللبناني والمادة ٣٩ من قانون العقوبات الجزائري والمادة ٤٤ من قانون العقوبات السوداني والمادة ٣٠ من قانون العقوبات الكويتي .

[٣] Christoffel. Health and the Law. New york- 1982 – p. 299 .

١. نظرية الترخيص القانوني

يذهب اصحاب هذا الراي في اغلب الانظمة القانونية المعاصرة الى ان النشاط الطبي الذي يباشـره الطبيـب علـى جسم مريضه يستند الى الترخيص القانوني الممنوح للاطباء في ممارسة الاعمال الطبية. والتي يهدف من وراءها الطبيب المعالج شفاء مريضه ، ويعد اذنا للطبيب يقرره القـانون يباح بموجبه للطبيب ان ياتي من الاعمال ما من شانه تحقيق شفاء المريض على اعتبار انـه يسـتعمل حقـا من الحقوق المقررة قانونا[١] . وان قانون العقوبات العراقي استند إلى فكرة استعمال الحق كسند لاباحة النشاط الطبي بعدّه صورة من صور استعمال الحق (المادة ٤١/٢منه) في حين ان قانون العقوبات الاردني نص على ان الافعال التي يجيزها القانون لا تعد جريمة ومنها العمليـات الجراحية والعلاجات الطبية المنطبقة على اصول الفن متجنبا بذلك ما قد يثيره مصطلح الحـق بعـدّه مـن مصطلحات القانون المدني الذي يوحي بوجود علاقة بين دائن بالحق وملتزم بادائـه[٢]. فـاذا كـان الهدف هو شفاء المريض طبقا لمفهوم هذه النظرية نتساءل عن الهدف من اجراء عملية تغيير جنس الانسان أهو الشفاء؟ أم أنه عدم تمكين الشخص من القيام بدوره تلبية لاي واجـب اجتماعي يوكل اليه. هذا من جانب نتاج هذه العملية، اما الجانب الاخر فان هذا الترخيص يمنح للاطباء بناء على الفائدة العظيمة التي يقدمونها لمرضاهم وللمجتمع معاً والمتمثلة في ان تظل اجسـام مرضاهم بكامل الاعضاء تسير سيرا طبيعيا. وهو في ذات الوقت ما يتطلبه المجتمع من سلامة لافراده ليتمكن كلا منهم من القيام بواجباته.

٢. نظرية اداء الواجب.

هـناك ظـروف اسـتثنائية تكون معها نظرية الترخيص القانوني عاجزة عن تفسير السند القانوني لاباحة النشاط الطبي ومنها الظروف التي تواجهها الدولة اثناء الوباء او الامراض السارية فقـيام الاطـباء باعمال الوقاية لا يكون لزاما عليهم استحصال رضا الاف الاشخاص المعرضين لهذه الاخطار تمهيدا للقيام بالانشطة الطبية الخاصة بالوقاية انما تكون انشطتهم في هذه الحالة من قبيل فكرة اداء الواجب[٣].

ويذكـر ان الـتطور الذي اصاب المفاهيم القانونية والسياسية والاجتماعية جعل من فكرة الترخـيص القانونـي عاجـزة عن تفسير جميع صور النشاط الطبي ولاسيما الحديث منها والتي تفرض احيانا كواجب على من يمارس هذا النشاط، ذلك لان اباحة هذه الانشطة جاء تلبية لحاجات

---

(١) تغريد عبد الله الدغمي – المرجع السابق – ص٥٩ .

(٢) د. ضاري خليل محمود – في الاساس القانوني لاباحة النشاط الطبي– المرجع السابق– ص٥٨٠ .

(٣) تغريد عبد الله الدغمي – المرجع السابق– ص٦٠ .

اجتماعية وليس فردية الهدف منها بناء مجتمع سليم. وهذا هو ما يمثل علة الاباحة بالوقت الذي يفرض على الطبيب او من في حكمه في ظل ظروف معينة قد تمر بها الدولة واجب اجتماعي يجب عليه ان يؤديه وليس الامر مجرد اجازة قانونية يجوز له ان يمارسها او يعتذر عن ممارستها[1]. عليه فان النظريتين هذه تمثلان السند القانوني لاباحة النشاط الطبي فعندما تكون الاولى عاجزة عن تفسير سند الاباحة فان تلبية الحاجات الاجتماعية يكون واجبا على جميع افراد المجتمع ومنهم الاطباء إذ يلقى هذا الواجب على الجميع من اجل بناءه وهو يعد من المبادئ الاخلاقية القويمة التي يتمتع بها الافراد في المجتمعات المحافظة. وهذا ما لا ينطبق وفعل تغيير جنس الانسان.

ثانيا: شروط اباحة النشاط الطبي

وتتمثل بالترخيص القانوني بمزاولة المهنة ورضا المريض بالعلاج وتدخل الطبيب بقصد العلاج واتباعه اصول الفن الطبي على النشاط الذي يقوم به عليه سانتاولها تباعا.

أ. الترخيص القانوني او اجازة ممارسة مهنة الطب.

اساس انتفاء مسؤولية الطبيب والجراح عن اعمالهم الفنية كلا ضمن اختصاصه هو بسبب الترخيص (Lautorisation de la loi) الذي يقرره القانون لاجراء التداخلات الجراحية الضرورية للعلاج بمقتضى الاصول الفنية[2]. اذن فالترخيص القانوني الذي تم تنظيمه بالشروط التي خصصت له كان لحماية القائم بالعمل الطبي ولحماية افراد المجتمع في ان واحد ، ذلك ان عمل الطبيب يبقى مشروعا لانه لا يتضمن اعتداء على جسم الانسان بقدر ما هو لصالح المريض[3]. فان ممارسة الاعمال الطبية والجراحية مقتصرة على من هو مرخص له بذلك، فلا يباح العمل الطبي على جسم المريض الا اذا كان من اجراد مرخصاً له بذلك وطبقا لشروط معينة وفق القواعد والاوضاع التي تنظمها القوانين المختصة. وهذه الاجازة هي اساس الترخيص التي تتطلبه القوانين الخاصة بهذه المهنة، والحصول عليها يكون قبل ممارستها فعليا. ومن يخالف هذه القوانين يكون مسؤولا طبقا للقواعد العامة ولا يؤثر في هذه المسؤولية ان يكون التدخل الطبي جاء لمصلحة المريض او بناء على طلبه أو كان القصد منه العلاج[4]. هذا وقد اشترط القانون ان

---

[1] د. ضاري خليل محمود – في الاساس القانوني لاباحة النشاط الطبي- المرجع السابق – ص٥٨٢ .

[2] د. حميد السعدي- شرح قانون العقوبات الجديد- ج٣-جرائم الاعتداء على الاشخاص – دراسة تحليلية مقارنة-مطبعة المعارف-بغداد ١٩٧٦- ص٢٩٨ .

[3] د.حسن عودة زعال- المرجع السابق – ص٣٠.

[4] شعبان ابو عجيله عصارة- المرجع السابق ص٢٧ –اضافة الى ان هناك عقوبات انضباطية وظيفية ،حيث تم تخويل وزير الصحة بمعاقبة ذوي المهن الطبية بالفصل والمنع من مزاولة المهنة طيلة فترة الفصل التي لا تزيد عن خمس سنوات والاحالة على التقاعد وبدرجة ادنى او تنزيله درجة وظيفية ، منشورة في الوقائع العراقية العدد ٣٢٠٩ قرار ٦٢٠ في ١٩٨٨/٦/٢٣ .

يكون المتقدم حائزا على شهادة من كلية الطب او ما يعادلها، والشهادة هي البكالوريوس في الطب والجراحة من احدى الكليات الطبية العراقية وايضا الانتساب الى نقابة الاطباء كشرط للحصول على شهادة التسجيل واجازة ممارسة المهنة وفق احكام القانون، عليه فان أي خريج من أي كلية طب لا يحق له ممارسة أي عمل طبي الا بعد الحصول على الترخيص من قبل نقابة الاطباء والاخيرة لا تقبل المتقدم للانتساب ما لم يكن خريجا من احدى الكليات الطبية المعترف بها وفق الاصول القانونية[1]. وفي القانون الاردني كذلك لا يجوز لاي شخص ان يتعاطى أية مهنة صحية او طبية او اية حرفة مرتبطة بهما ما لم يحصل على ترخيص بذلك من الوزير وفقا للقوانين والانظمة المرعية[2].

ب. رضا المريض بالعلاج

فيما عدا اعمال التطبيب والجراحة المشروعة لا يعتد برضا المجني عليه، وهي قاعدة تسري على جرائم الاعتداء على الجسم فلا يمنع من قيامها رضا المجني عليه بالفعل وكذلك اعمال التطبيب والجراحة غير المشروعة لا تكون مشروعة ان رضي المجني عليه بها[3].

فلا يجوز اجراء عملية جراحية، الا بموافقة المريض نفسه اذا كان واعيا، او احد اقاربه المرافقين له اذا كان فاقد الوعي او قاصرا. ويستثني من ذلك حالة تعرض حياة المريض الى الموت او خطر حال عند تاخر اجراؤها، فيجوز عندئذ اجراء العملية الجراحية انقاذا لحياة المريض دون تحقق الموافقة المذكورة[4].

والرضا هو قبول صريح يصدر من المريض لغاية اجراء الجراحة من قبل الطبيب او اعطاء الاخير الدواء لمريضه لاغراض علاجه. والرضا يجب ان يكون صريحا، شفهيا كان او كتابيا ورضا ضمني ويتحقق الاخير بمجرد لجوء المريض الى الطبيب لاجراء معالجته، وهذا يتطلب ان يكون المريض اهلا لاعطاء مثل هذه الموافقة فاذا لم يكن ممن تتوافر لديه الاهلية-- اهلية الرضا والقبول – يؤخذ الرضا ممن يقوم مقامه[5]. وعلى الطبيب فضلا عن ذلك ان لا يستجيب لبعض طلبات المريض بالرغم من توافر رضائه على هذه الطلبات، كما في الجراحات

---

(1) انظر المادة الثالثة من قانون الاطباء العراقي رقم ٨١ لسنة ١٩٨١.

(2) المحاميان جمال عبد الغني ومحمد محمود – موسوعة التشريع الاردني – ط١- الجزء ١٦- دار البشير للنشر والتوزيع /١٩٨٨ ص١٣.

(3) د. محمود محمود مصطفى – مسؤولية الاطباء والجراحين الجنائية- دار الاسراء للنشر والتوزيع- طبعة ١٩٩٨ ص١٠.

(4) انظر المادة ٩١/٤/ب من قانون الصحة العامة العراقي- المشار اليه.

(5) د. حميد السعدي- جرائم الاعتداء على الاشخاص- ج٣- المرجع السابق- ص٢٧٥.

غير المصرح بها. اذ ان رضاء المريض ليس هو الاساس الحقيقي لتبرير عدم المسؤولية الجنائية للطبيب او الجراح وان رضا المجني عليه هنا ليس مبررا للمساس بحرمة الجسد[1].

هذا وكما بيّن ان لكل شخص حقوق مقدسة على جميع اعضاء جسمه لا يجوز المساس بها، وكل اعتداء عليها يمثل مساسا بالحق في السلامة الجسدية، عليه فان رضا المريض بالعلاج هو شرط لاباحة عمل الطبيب وعلى الطبيب وجوب استحصاله من المريض او ممن يقوم مقامه قبل أي تدخل طبي ويستثنى من ذلك الحالات العاجلة التي يتعرض لها المريض للهلاك. ولا يسوغ ذلك للطبيب اجراء عملية تغيير جنس الانسان بداعي توافر رضا المريض لعدم الاعتداد به قانونا، ولكونها ايضا جراحة غير مشروعة.

ج. تدخل الطبيب بقصد العلاج

يجب ان يكون قصد الطبيب وهو يمارس مهنته العلاجية او الجراحية العلاج. وان هناك اجماع على ان الاعمال التي يقوم بها الطبيب او الجراح لا تكون مشروعة الا اذا كان القصد من ورائها علاج مريضه من علته. وخلافا لذلك تقوم مسؤولية الطبيب العمدية حتى وان كان عمله بناء على رضا المريض والحاحه[2].

ذلك ان حق الاطباء وهم يمارسون اعمالهم الطبية وفق الشروط التي اقرها القانون يعد سندا لاباحة نشاطهم الطبي الذي بمقتضاه نفى المشرع الصفة غير المشروعة عنه. عليه فان الصفة غير المشروعة تنتفي عن هذه الافعال متى توافرت فيها شروط استعمال حق التطبيب والتدخل الطبي بقصد العلاج والذي يعد من ضمن شروط اباحة النشاط الطبي والجراحة [3].

د. اتباع اصول الفن.

على الطبيب ان يتقيد باصول مهنته وقواعدها التي يقضي بها علم الطب واصول الخبرة الفنية. مما يعني ان على الطبيب ان يطبق العلم كما يطبقه غيره من الاطباء وله في ذلك قدر من الاستقلال، ذلك ان الطب علم غير مكتمل سيما وان هناك نظريات علمية لا زالت محل خلاف وتطور مستمر. فاذا وجدت اراء لم يستقر الاطباء بشأنها وهناك اختلاف بينهم فان مسلك الطبيب يكون في منأى من المسؤولية، اذا ما اختار علاجا لا يتفق والحالة المرضية المعروضة.

---

[1] د. حسن عبدالمؤمن بدران- العقد والجزاء الجنائي- دراسة مقارنة- الناشر دار النهضة العربية- القاهرة- ١٩٩٣- ص ٢٨٤.

[2] د. محمود محمود مصطفى – المرجع السابق- ص ١١.

[3] د. احمد محمود سعد- تغيير الجنس بين الحظر والاباحة- المرجع السابق – ص ٨٠.

اما اذا كان خروجه عن اصول الفن مريدا من ورائه الاخلال بصحة المريض فانه يسأل بوصف العمد، اما اذا كان على سبيل الخطا عُدّ مسؤولا بوصف الخطا. فما عليه الا ان يبذل جهودا صادقة ومتفقة مع ظروف المريض والاصول العلمية الثابتة[1].

والاصول الطبية او اصول الفن هي تلك المبادئ والقواعد المتعارف عليها من الناحية النظرية والعلمية من قبل الاطباء والتي يجب عليهم جميعا الالمام بها حال مباشرتهم لاعمالهم ونشاطاتهم الطبية، مما يعني انها الاصول الفنية الثابتة التي يعترف بها ممن ينتسب الى هذه الطائفة. ويعمل بهذا العلم والتي تحتم عليه ان يبذل غاية ما لديه من جهود كافية ومتفقة مع هذه الاصول وصولا الى معالجة المريض. وان يبذل كذلك العناية اللازمة وان تكون جهوده صادقة وان يتمتع باليقظة ازاء ظروف المريض وازاء ادائه لعمله[2]. اذ يكمن اساس عدم مسؤولية الطبيب الجنائية في مباشرته العمل الطبي عندما يكون بعمله هذا منفذا لالتزامه بعلاج مريضه وفقا للاصول الفنية والمتعارف عليها[3].

فبعد ان استعرضنا في هذا الفرع مشروعية اعمال الجراحة والعلاج نبين انه لا مجال لادراج موضوع تغيير جنس الانسان تحت أي عنوان او ما مسمى من المسميات مارة الذكر، بغية القول ان على اساس ذلك يمكن التصريح بمشروعية هذه الجراحة المسخ والتي تعد اعتداءً صارخاً على الحق في السلامة الجسدية ، إذ انها لا تعطي الحق لصاحبها ان يحتج بان له الحق في التصرف باعضائه ولا تسوغ له الاحتجاج بذلك حتى في ظل المفاهيم الجديدة للجنس وعد ذلك نوع من انواع الحريات ومظهر من مظاهر حريته الشخصية ومباشرته على اعضاء جسده ، لا بل انها تشكل اهدارا لحق الفرد والمجتمع معا في ان يؤدي المغير لجنسه دوره الاجتماعي بالشكل الذي يتناسب ومقتضيات المصلحة العامة .

بقي ان اشير الىَ انه حتى في القوانين التي عالجت الموضوع وبالتالي يعد فعل التغيير فعلا مشروعا فيها، فان ذلك فيه مخالفة صريحة لشروط اباحة النشاط الطبي لاسباب عديددة منها ، ان الطبيب بفعله هذا لم يتبع اصول الفن والقواعد الثابتة في مهنة الطب، إذ ان طرق العلاج النفسي هي المعول عليها في هذه الحالات وليس التداخل الجراحي. ولا وجود لقصد العلاج في هذه العملية فكيف يكون تدخله هذا مشروعا اذا لم يتوافر فيه قصد العلاج الذي ينفي الصفة غير المشروعة عن فعله. وحتى شرط الرضا لا يعتد به لكون الجراحة غير مشروعة، ناهيك عما

---

(١) د. كامل السعيد – شرح الاحكام العامة في قانون العقوبات– في الجريمة والمساهمة والمسؤولية والجزاء الجنائي– دراسة مقارنة –بدون دار نشر–١٩٩٨–ص١٩٨.

(٢) تغريد عبد الله الدغمي– المرجع السابق– ص٦٩.

(٣) حسن عبدالمؤمن بدران– المرجع السابق– ص٢٨٥.

تـؤدي الـيه هـذه الجراحة من هبوط في المستوى الصحي لاعضاء الجسم وفق سيرها الطبيعي لوظائفها جميعا والتي تحددها قوانين الطبيعة بعيدا عن المهانة فاي مهانة يضع نفسه فيها الشخص محـل التغيير، هذا من جهة ومن جهة اخرى فقد اوردنا هذا الموضوع في هذا المكان بغية تفنيد الاراء التي ذهب اليها الفقهاء واحكام القضاء اللذين اقرا مشروعية فعل التغيير كلا بحسب منظوره بالـرغم مـن عـدم تنظـيم هذه القوانين لعمليات تغيير الجنس فقد قضيا بمشروعية هذا الفعل، والمشروعية هذه اقرت بالرغم من غياب النص التشريعي فيها حسب رأيهم وذلك باسنادها للقواعد العامة في اباحة النشاط خصوصا الضرورة العلاجية وقصد العلاج، وأيضاً لاغراض اتساق البحث عليه اقتضى التنويه عن ذلك.

الفرع الثاني

مشروعية فعل التغيير بالمنظور الفقهي

ويمـثل هذا الاتجاه كلا من الفقه الانكلوسكسوني وجانب من الفقه الفرنسي يستند الاول في تقريـر هـذه المشروعية الى المادة (٤٥) من قانون العقوبات الكندي والتي بدروها تعفي من اية مسـؤولية جنائية أي شخص وان لم يحصل على ترخيص بمزاولة مهنة الطب في حالة مباشرته لاية عملية جراحية من أجل مصلحة آخر، شريطة توافر شرطين الاول ان تجرى بعناية ومهارة، والثانـي ان يوجد هناك ما يدعو الى الاعتقاد بوجود الضرورة العلاجية في اللحظة التي يتم فيها إجـراء التداخل الجراحي[1]. وساوى هذا الاتجاه بين الناحية الفسيولوجية وقصد العلاج بقولهم في ان الصـحة البدنية والنفسية وجهان لعملة واحدة . اما الفقه الفرنسي بجانبه الذي ذهب الى تقرير مشـروعية هذه العمليات قد استند الى انه لا يجوز التذرع بعدم وجود نصوص قانونية تنظم مثل هـذه الجراحات من ناحية انها حجة فهي غير مقبولة وسلبية ولا يشكل عدم وجود نصوص عقبة مـن اجـل تقرير هذه الافعال. والقول بانها مشروعة كان من حيث عدم جواز الاستناد الى مبدا الحرمة المطلقة لجسم الانسان، على اساس ان الواقع العلمي كذب هذا المبدا. حتى ان الفقهاء قالوا بان هذا المبدا قد نزل من برجه العاجي واصبح جسم الانسان محلا للمعاملات القانونية. كما انه لا يجوز الارتكان الى الافكار المتعلقة بالنظام العام او الاداب الحسنة حيث انها نسبية ومتطورة [2]. ونعـتقد بخصوص الاراء السالفة الذكر ان ما ذهب اليه الفقه في جانب ان الصحة البدنية والنفسية وجهان لعملة واحدة. لا يمكن الارتكان اليه اذ ان الحالات او العلل المرضية ان صح التعبير والتي يتعرض لها الانسان في بدنه او صحته البدنية تختلف عن مثيلاتها النفسية، لانه من غير المعقول

---

[1] د. الشـسهابي ابراهـيم الشرقاوي – المرجع السابق – ص٢٣٦ ومشار اليه في د. احمد محمود سعد–تغيير الجنس بين الحظر والاباحة– المرجع السابق – ص٤٩٠.

[2] د. عمر فاروق الفحل – المرجع السابق – ص٨٧٤.

العلاج النفسي يكون بالتداخل الجراحي – المقصود هنا العلاج النفسي للحالات المرضية النفسية – ثم ان هناك اطباء نفسانيين لهم اساليبهم العلاجية وفق اصول الفن الطبي بمجـالهم العلمـي هـذا وبدون الحاجة الى التداخل الجراحي ، اما الامراض والحالات المرضية التي يتعرض لها الانسان في صحته البدنية لها اساليبها العلاجية المختلفة أيضاً، لكن يتصور معها اجراء التداخل الجراحـي والعمليات الطبية بمختلف انواعها وحسب ما يقرره الاطباء وفقا للحالـة المرضـية المعروضـة امامهم. فلو افترضنا مثالا توضيحيا بوجود شخصين احدهما يعاني من مرض الخنوثة او ان لديه خلل في الهرمونات ويعاني مـن اضـطراب فـي الهويـة الجنسـية وتشـخيص حالتـه كـان Transexualism. والثاني يرغب في تغيير جنسه لمجرد الرغبة في التغيير تحت أي ذريعـة او حجة ووافقه الطبيب على طلبه لدافع ما في نفسه او ارضاءً لشهوة علميـة. واجريـت الجراحـة للاثنين باحتمال اول اما الاحتمال الثاني هو ان يتم معالجة الاثنين نفسيا . فاين ستصـبح مقولـة الصحة البدنية والصحة النفسية وجهان لعملة واحدة ؟ في الاحتمال الاول سيكون هناك ضـرورة علاجية وطبية لاجراء التداخل الجراحي لحالة مريض Transexualism مع توافر قصد العـلاج طبعا . اما التداخل الجراحي للمريض الثاني – على افتراض انه مريض فلا يكون له دواع طبيـة وانما تكفي وهذه الحالة العلاج النفسي اما احتمالنا الاخر الخاص بالمعالجة النفسية للاثنين معـا، فانها ستكون مجدية لمن اراد التغيير الارادي وهو من لم تتوافر فـي حالتـه الـدواعي الطبيـة الجراحية. وانها ليست كذلك ان تمت لحالة الاضطراب في الهوية الجنسية، من هذا الجانب وحيث ان العلاج النفسي غير مُجدي كما يقول الاطباء في هذه الحالة وانما يجرى لـه عمليـة جراحيـة يجري خلالها الجراح تعديلا جسديا او اظهارا للجنس الغالب إن كان يعاني من الخنوثة مثلا. فمن جانب هذه الافتراضات فان ذلك القول – محل الانتقاد – مردود ولا يمكن ان تكون الصحة النفسية والصحة البدنية وجهان لعملة واحدة.

اما الجانب الاخر للانتقاد فمن حيث انه لا يجوز الاستناد الى مبدا الحرمة المطلقة لجسـم الانسان على اساس ان الواقع العلمي كذب هذا المبدا. أي انه مع هذه الحرمة وعدم وجود نصوص قانونية لا يجوز القول بان الفعل غير مشروع. فضلا عن القول بانه لا يجوز الارتكان الى الافكار المتعلقة بالنظام العام والاداب الحسنة وأصبح الانسان محلا للمعاملات القانونية.

يمكن القول ان للجسم حرمة وهذه الحرمة والحق في السلامة الجسدية هي من اهم الحقوق التي يتمتع بها الفرد والمجتمع على حد سواء، اذ لا يمكن للمجتمع ان يحتفظ بوجوده كمجتمـع ذو تقدم ورقي الا اذا كان هذا الحق محاطاً بحماية قانونية كاملة [1].

---

[1] د. محمدعيد غريب – المرجع السابق – ص٥.

عليه وباختصار كيف والحال هذه لا يجوز الاستناد الى الحرمة الجسدية وفي فرنسا بالذات أي عمل جراحي اذا لم يتوافر له ضرورة علاجية فأنه يتجرد عن المشروعية حتى وان كان بناء على رضا صاحب المصلحة في ذلك[1]. فان كان الحال كذلك فان الجراحة التي تتم بـدون دواعِ طبية وتتم لمجرد الرغبة ألم يجعل ذلك ان لنا الحق بالاستناد لهذه الحرمة والقول بعدم المشروعية لهذا الفعل.

الفرع الثالث

مشروعية فعل التغيير بالمنظور القضائي

ويمثل هذا الاتجاه كلا من القضاء الفرنسي والقضاء البلجيكي والقضاء الايطالي ففي فرنسا اعتمد القضاء الفرنسي على اكثر من معيار لتبرير اباحة فعل تغيير جنس الانسان، في بادئ الامر اعتمد التطور العارض او المفاجئ وتم الاعتداد بهذا التطور وصولا الى القول بمشـروعية هـذه الجراحات. وبعد ذلك اتخذ من الجانب النفسي مبررا لاباحته، ثم كان تسبيب الاعتراف صـراحة بهذه الجراحات ينصرف الى حرية الفرد في تغيير جنسه طبقا لقناعته على اساس ان دور القضاء يقتصر في هذه الحالات على احترام حرية واختيار المغير لجنسه. ومن هذه الاحكام التي اعتمدت على التطور العارض او المفاجئ والذي يعني التسليم بان للشخص جنسان متتاليان على اساس انه يمر في حالة تطور جنسي يحصل له في المستقبل فنكون امام حالة تغيير جنس جائزة، لكي يـتم التوافق لهذا الشخص مع جنسه الظاهر . وقد قضت محكمة تولوز في حكمها[2]. الخـاص بفتـاة، بخاصية التذكير التي تسري بداخلها وزاد شعورها هذا اثر حادث عارض تعرضت له مصيبا اياها بالجمجمة، فاشار القاضي في الحكم الى الامر بتعديل جنسها القانوني من انثى الى ذكر واسـمها الشخصي ايضا مسببا الحكم ان الشخص الذي عانى في تطوره الجنسي سواء بفعـل الطبيعـة او بفعل خارجي تحولا على نحو لا يمكن تحمله دون معاناة خطيرة ، فان حالته الاجتماعية يجب ان توافق الجنس الظاهر ، ويكون له الحق في هذه الحالة ان يحصل على تعديل لحالته المدنية. هـذا وقد لاحظت المحكمة الاتجاه النفسي للفتاة والمائل نحو الذكورة بعد ان انخرطت فيها بالرغم مـن مظهرها الانثوي، عليه صدر القرار[3].

وفي حكم اخر صدر من المحكمة الفرنسية في سانت اتين، والخاص بفتـاة تولـد ١٩٤١. والتي شعرت بانتمائها الى الجنس الاخر المعاكس لجنسها بعد ان سلكت مسلكه متشبة به، واجريت لها العملية الجراحية في الولايات المتحدة الامريكية، تمخض عنها صيرورة ان الفتاة اصبحت شابا

---

[1] انظر المادة ٢٢ من قانون اداب مهنة الطب الفرنسي .

[2] صادر في ١٠/ فبراير / ١٩٧٧.

[3] د. علي حسين نجيدة – المرجع السابق – ص٦٥.

تزوج بعدها زواجا مدنيا من فتاة تأكد بعدها لشكله الديني في المملكة المغربية. هذا وقد عرض الامر على الخبراء الذين اكدوا عملية تغيير الجنس الحاصلة فقررت المحكمة اجابة طلبها بتغيير اسمها ونوع جنسها في اوراقها الرسمية[1]. يلحظ ان الحكم المذكور اعتمد على الجانب النفسي لتبرير فعل تغيير جنس الانسان وذلك بمناسبة القول انها (شعرت بانتمائها إلى الجنس الاخر) وكذلك الامر بالنسبة للحكم السابق الخاص بمحكمة تولوز عندما تطرق الى ان الاصابة التي تعرضت لها الجمجمة والتي ادت الى ازدياد الشعور لديها بالذكورة، اذن فهي سابقة لطالما وصفت بالازدياد الشعوري لديها مما يؤكد ان الجانب النفسي قد اعتمد في قرار المحكمة.

ولكن للقضاء الفرنسي موقفا تمثل في قرار حديث اعترف صراحة بهذه الجراحات من خلاله ففي ١٩٩٢/١٢/١١ اصدرت محكمة النقض الفرنسية قرار بدوائرها مجتمعة، قبلت فيه دعوى تغيير الجنس وسببت حكمها بالتركيز على حرية الفرد في تغيير جنسه طبقا لقناعته من جهة ومن الجهة الاخرى تضمن القرار ان دور القضاء يقتصر في هذه الحالة على احترام اختيار الفرد وحريته[2]. وقد اشار الى ذلك قرار محكمة الاستئناف التونسية المذكور أنفاً [3]. يلحظ من ذلك ان القضاء الفرنسي اعتمد على المعيار النفسي لتبرير فعل تغيير جنس الانسان في حين كان على المحاكم الفرنسية الاعتماد على المعايير الاخرى لانها اكثر دقة خصوصا المعيار البايولوجي ثم ان هناك موقفا سابقا للمحاكم اكدت خلاله ان الانتماء الى جنس معين لا يكون من خلال الشعور النفسي وهذا من المآخذ على تلك المحاكم.

اما فيما يخص القضاء البلجيكي، ففي قضية عرضت على محكمة جنح بروكسل تتلخص وقائعها في ان مجموعة من الاطباء قاموا باجراء تداخل جراحي لشخص بغية تغيير جنسه، الا ان العملية الجراحية هذه تمخض عنها وفاة هذا الشخص، فوجهت تهمة القتل الخطأ إلى الاطباء من قبل النيابة العامة مع التسبيب وهو مباشرة الاطباء عملية جراحية ليس لها ما يبررها من الناحية الطبية. ونتيجة المحاكمة اصدرت محكمة جنح بروكسل بتاريخ ١٩٦٩/٩/٢٧ قرار يقضي ببراءة الاطباء من التهمة المنسوبة اليهم معللة قرارها بانه يستند الى توافر قصد العلاج في اجراء هذه العملية من قبل هؤلاء الاطباء فهناك هدف علاجي. والتدخل الطبي كان له طابع ضرورة طبية[4].

---

[1] صادر في ١٩٧٩/٧/١١ والمشار اليه في د. احمد محمود سعد - تغيير الجنس بين الحظر والاباحة- المرجع السابق - ص٥٠٣-٥٠٤، كذلك د. علي حسين نجيدة - المرجع السابق - ص٥٩.

[2] د. الشهابي ابراهيم الشرقاوي - المرجع السابق - ص ٢٥٥ .

[3] راجع الصفحة ٦٨ من الرسالة .

[4] د. عمر فاروق الفحل - المرجع السابق - ص ٨٧٤.

اما بالنسبة للقضاء الايطالي فلا زال متارجحا بين الاخذ بالنصــوص القانونيـــة المانعــة لعمليات تغيير الجنس وبين بعض المحاكم التي اعرضت عن تطبيق القواعد القانونية مجيزة لهــذه العمليات الجراحية، إذ في قرار لمحكمة ميلانو في ١٢/ابريل/١٩٧٤ قضت بمشروعية عمليــات تغيير الجنس بداعي توافر قصد العلاج فيها . وبالرغم من وجود نص جزائي واخر مدني يمنــع ذلك[1].

---

[1] اذ تعاقب المادة ٥٥٢ من قانون العقوبات الايطالي بالسجن والغرامة كل شخص يقترف افعالا من شانها ان تفقده القدرة على الانجاب حتى ولو كان برضاه . كما ان الفصل الخامس من القانون المدني الايطالي يحرم كل اتفاق يترتب عنــه نقص خطير ومستديم لجنس الانسان . انظر في ذلك -محمد المحجوب الطريطر – المرجع السابق – ص٦٣٧ .

الفصل الثالث

الآثار الجزائية المترتبة من فعل التغيير

استقر الفكر الجنائي على مبدأ شخصية المسؤولية الجنائية، غير ان ذلك لم يكن كذلك في كل العصور. حيث كانت في السابق تمتد لتشمل ليس فقط عين الجاني وانما أهله أيضا، وان التحليل الدقيق لهذا المبدأ يكشف عن مدى اتصاله بالإرادة الحرة والإنسان العاقل. وهو في ذات الوقت يعد من المبادئ القويمة في القانون وان الخروج عنه يعد خروجاً عن الشرعية الجزائية وامتداد هذه المسؤولية للإنسان جاء من كونها تؤسس على خطر كائن وليس خطرا كامنا، وبما ان الحرية جزء من ماهية الشخصية الإنسانية فمن الطبيعي ان يتحمل الإنسان وحده نتيجة قراره الارادي فلا يسأل غيره ولا يعاقب سواه[1].

يتضح من ذلك ان الإنسان هو المسؤول جزائيا عن الأفعال التي يعدّها القانون جريمة فهي لا ترتبط الا بالإنسان الادمي Personne humaine. وهذه القاعدة لها ما يبررها، اذ ان الإنسان هو وحده من يملك الإرادة التي تقف وراء الفعل وتعطيه الصفة الجرمية. وانه وحده يملك القدرة على الاستجابة لاهداف المجتمع الخاصة بتطبيق الجزاء عليه وعدم العود بالتالي الى اقتراف مثل هذه الافعال . ومع هذا فان القوانين الجنائية اتجهت الى تقرير مسؤولية الأشخاص الاعتبارية او المعنوية وذلك بسبب اتساع دائرة نشاط تلك الأشخاص في العصر الحديث ودخولها في مجالات الحياة كافة. فادى الأمر بالمشرع الجنائي الحديث إلى تحريم بعض صور هذه التصرفات التي تقع بالمخالفة للقوانين الجنائية من قبل ممثلي الأشخاص المعنوية في أثناء أدائهم لعملهم. واتخاذ بعض التدابير لحماية مصالح المجتمع وأفراده من هذه الأخطار[2] هذا وان هنالك اهتماما واضحا في تحديد المسؤولية عن فعل الغير في القوانين وقد بدا منذ مطلع القرن التاسع عشر لدراسة هذه المسؤولية وفقا لاراء مختلفة لفقهاء القانون في تحديد اساسها [3] بالإضافة إلى الإشكالات القانونية والاجتماعية التي تتمخض عن فعل تغيير جنس الإنسان الظاهري بالنسبة للمغير لجنسه من الجوانب الموضوعية والإجرائية كل ذلك سيتم مناقشته ضمن مجريات هذا الفصل والذي قسمته

---

(1) د. محمد كمال الدين امام – المسؤولية الجنائية اساسها وتطورها – ط٢ – المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع/ ١٩٩١ ص ٣٢١.

(2) د. محمد زكي ابو عامر – المرجع السابق – ص١٤٩.

(3) د. مصطفى ابراهيم الزلمي – المسؤولية الجنائية في الشريعة الاسلامية دراسة مقارنة بالقانون – الجزء الاول مطبعة أسعد – بغداد – ١٩٨٢ ص ١١٦

على مبحثين – سأتناول في المبحث الأول الأشخاص محل المسؤولية وبثلاثة مطالب، المطلب الاول سيكون لمسؤولية الأطباء الجنائية، ونفرد المطلب الثاني لمسؤولية الأشخاص المعنوية (المؤسسات التابعة للحكومة والمؤسسات الخاصة (الأهلية) ، أما المطلب الثالث سيكون للمسؤولية عن فعل الغير أما المبحث الثاني سيتضمن الإشكالات القانونية والاجتماعية التي يحدثها فعل التغيير من الناحيتين الموضوعية والإجرائية مضيفا إلى ذلك الاشكالات الاجتماعية المترتبة عنه.

المبحث الأول

مسؤولية الأشخاص الجزائية

بما ان المسؤولية الجزائية هي مسؤولية شخصية وان ذلك يعد مبدا استقرت عليه القوانين الجنائية وانه يتعلق بالإنسان الحي العاقل ، فلا بد والحالة هذه من التطرق الى الأهلية الجزائية والتي تعرف بانها صلاحية مرتكب الجريمة لكي يسال عنها اذن هي حالسة او تكييف قانوني لإمكانيات شخص للحكم بعد ذلك عن مدى صلاحيته للمسؤولية ومن ثم كانت علاقتها بالمسؤولية وانها شرط لها. وتعني ايضا انها مجموعة من الصفات التي يلزم توافرها في شخص معين لكي يمكن نسبة الجريمة اليه بوصفه فاعلا لها او شريكا او محرضا او متدخلا فيها عن وعي وارادة ، والمخاطب هنا هو الانسان حيث يوجه اليه الشارع الخطاب بالتكليف الجزائي من بين جميع الكائنات، لانه يملك القدرة على الادراك ويتمتع بحرية الاختيار[١].

عليه فالمسؤولية الجزائية لا يمكن لها ان تقوم ما لم يكن الفاعل متمتعا بقدرة الادراك وقدرة حرية الاختيار، لان فقدان ايا منهما او كلاهما يؤدي الى عدم امكانية مسائلة الفاعل جزائيا عن الفعل الذي ارتكبه. اذن الاصل ان مرتكب الجريمة يسأل عن ارتكابها طالما كان اهلا للمسائلة[٢].

وكذلك الحال في الشريعة الاسلامية الغراء فلقيام مسؤولية الجاني يجب توافر شرطيها الادراك والارادة الحرة فلا يعاقب المكره او فاقد الادراك لجنون او غيبوبة او صغر سن، أي يجب ان تتوافر المسؤولية الاخلاقية لدى الجاني بشرطيها المذكورين[٣].

عليه فالمسؤولية الجنائية في الشريعة الاسلامية تعني تحمل الانسان الافعال المحرمة التي ياتيها وهو مختار ومدرك لمعانيها ونتائجها[٤].

---

[١] د. كامل السعيد – شرح قانون العقوبات الاردني المعدل رقم ٨٦ لسنة ٢٠٠١ – دراسة تحليلية تاصيلية مقارنة – دار المطبوعات والنشر – عمان – الاردن ٢٠٠٢ ص١١

[٢] د. ضاري خليل محمود – البسيط في شرح قانون العقوبات القسم العام / ط١ – الناشر صباح صادق ٢٠٠٢ ص١١٤

[٣] د. اكرم نشأت – السياسة الجنائية دراسة مقارنة – ط٢ – شركة اب للطباعة الفنية المحدودة ١٩٩٩ ص٥٩.

[٤] د. مصطفى ابراهيم الزلمي – المرجع السابق – ص٩ .

من ذلك يتبين ان المسؤولية شخصية تتحقق بتوافر شرطيها لكن هناك استثناءات على مبدا شخصية المسؤولية والتي جرى الاخذ بها في القوانين العقابية وهي مسؤولية الاشخاص المعنوية، والمسؤولية عن فعل الغير، عليه يتعين بحث مسؤولية الاطباء الجزائية عما يرتكبونه من افعال اثناء ممارستهم لانشطتهم الطبية في مجال تغيير الجنس. وفعل أي شخص يجرمه القانون هو اما ان يكون جريمة غير عمدية او عمدية هذا ما سيكون موضوعا للمطلب الاول لنتعرف من خلاله الاجابة على التساؤل الاتي: هل ان فعل التغيير الذي يجريه الاطباء ومن في حكمهم يعد جريمة غير عمدية ام انها عمدية ؟ لذلك اقتضى بحث المسؤولية عن الجرائم غير العمدية في الفرع الاول. والمسؤولية عن الجرائم العمدية في الفرع الثاني منه. ومن ثم سأتناول مسؤولية الاشخاص المعنوية العامة والخاصة في المطلب الثاني والمسؤولية عن فعل الغير في المطلب الثالث.

المطلب الاول
مسؤولية الاطباء الجزائية

بما ان المسؤولية الجزائية تعني الالتزام بتحمل النتائج القانونية المترتبة على توافر اركان الجريمة. وموضوع الالتزام هو العقوبة او التدبير الذي يقرره القانون بمن هو مسؤول عن ارتكاب الجريمة مما يعني ان المسؤولية ليست ركنا للجريمة إذ انها لا تفرض على مرتكبها الا اذا توافرت ابتداءا جميع اركان الجريمة فبذلك تعتبر اثرا لاجتماعها[1].

فالاطباء كغيرهم لا يختلفون عن باقي الافراد ازاء ارتكابهم الافعال المجرمة بالقوانين العقابية[2]. اذا ارتكبوا اخطاء جسيمة عند قيامهم بالجراحة والعلاج وادى ذلك الى الاضرار بالمريض فانهم يكونوا مسؤولين مسؤولية غير عمدية اذا كان هناك رضا للمريض، اما اذا كان العلاج بغير رضا المريض فمنهم من يرى انهم يكونوا مسؤولين مسؤولية غير عمدية واخرون عمدية، اما اذا كان الطبيب يروم من وراء ذلك الاضرار بالمريض فانه يسال عمداً عن الضرر الذي احدثه[3].

عليه سأتناول في فرعين المسؤولية عن الجرائم غير العمدية والعمدية ويتضمن الشرح موقف الشريعة الاسلامية وبيان حكم فعل التغيير في كل منها.

---

[1] د. كامل السعيد – شرح قانون العقوبات الاردني المعدل رقم ٨٦ لسنة ٢٠٠١ – المرجع السابق –ص١٢.

[2] د. محمود محمود مصطفى – المرجع السابق – ص٣.

[3] د.اكرم نشأت – الاحكام العامة في قانون العقوبات العراقي –مطبعة اسعد –بغداد-١٩٦٢ ص٨٠.

الفرع الاول

المسؤولية عن الجرائم غير العمدية

ويسميها البعض الجرائم الخطئية حيث ان معظم جرائم الاطباء تكون خطئية ومجالها جرائم الدماء كاعطاء مادة ضارة للجسم وجرائم الجرح والقتل ، وان من المبادئ الاساسية للمسؤولية الجزائية التي يتميز بها هذا النوع من الجرائم هو ان لا يسال انسان الا اذا ارتكب فعلا او امتنع عن فعل وان الفاعل في هذا النوع من الجرائم لا يريد تحقيق النتيجة الاجرامية بعد ان كان مريدا للفعل.[١]

عليه تنهض المسؤولية عن الجريمة غير العمدية اذا وقعت النتيجة الاجرامية بسبب الخطأ الذي يعود للفاعل وقد عرفها قانون العقوبات العراقي في المادة ٣٥ منه بأنها (تكون الجريمة غير عمدية اذا وقعت النتجة الاجرامية بسبب خطأ الفاعل سواء كان هذا الخطأ اهمالا أو رعونة او عدم انتباه او عدم احتياط او عدم مراعاة القوانين والانظمة والاوامر). فصور الخطأ في قانون العقوبات العراقي خمسة. في حين نص قانون العقوبات الاردني على ثلاثة صور للخطأ هي الاهمال وقله الاحتراز وعدم مراعاة القوانين والانظمة [٢]. اذن متى يكون الطبيب مسؤولا مسؤولية غير عمديه عن الافعال التي يرتكبها في أثناء ممارسته لنشاطه الطبي، مما يعني قد تتخلف نتيجة ضارة عن عمل الطبيب عند قيامه بعلاج مريضه سببها اخلاله بالاصول الفنية للعلاج عندها يكون مسؤولا مسؤولية غير عمدية عن هذه النتيجة، لانه لم يكن يريد هذه النتيجة، مما يعني ان الطبيب اذا قام بعلاج مريضه مراعيا بذلك الشروط الواجب توافرها في النشاط الطبي وأفضى هذا العلاج الى نتيجة ضارة بالمريض فأنه لا يكون مسؤولا عنها.

وكذلك الحال في الشريعة الاسلامية فان الفاعل إذا كان طبيباً واتى فعله بقصد العلاج وبحسن نية وان عمله كان طبقا للاصول الطبية وان يكون قد استحصل على اذن المريض نفسه او من يقوم مقامه كالولي، فأنه يكون غير مسؤول عن فعله متى ما كان مراعيا لهذه الشروط، مما يعني ان عدم توافر أحدى هذه الشروط كان الفاعل مسؤولا بحسب الاحوال فان قصد العدوان والاضرار بالمريض فهو متعمد وان لم يقصد الاضرار بالمريض ولا العدوان فان يعد مخطئا على راي ومتعمد على راي والراجح هو الرأي الاول[٣].

---

[١] د.عبد الوهاب عمر البطراوي – المسؤولية الجنائية للاطباء – دراسة مقارنة – ط٤ – بحوث جنائية مقارنة بالفقه الاسلامي قدمت لمؤتمرات دولية ومحلية . البحث الثالث عشر – بدون دار نشر – ١٩٩٩ص٨٠.

[٢] انظر المادة ٦٤ من قانون العقوبات الاردني.

[٣] د.عبد القادر عودة – التشريع الجنائي الاسلامي مقارنا بالقانون الوضعي – القسم العام – الطبعة الثالثة – مكتبة دار العروبة – مطبعة المدني ١٩٦٣ ص٥٢٠

ولبيان مسؤولية الطبيب الجزائية عن الجرائم غير العمدية يتعين بحث موضوعها في فقرات ثلاث الاولى لضوابط هذه المسؤولية. اما الثانية ستكون لمسؤولية الطبيب الجزائية غير العمدية عن فعل تغيير جنس الانسان. ونفرد الفقرة الاخيرة لبعض الجرائم ذات المسؤولية غير العمدية.

اولا: ضوابط مسؤولية الطبيب الجزائية عن الجرائم غير العمدية

ان الطبيب يكون مسؤولا عن جريمة غير عمدية عن الضرر الذي احدثه بالمريض اذا خالف قواعد مهنته وقصر الالتزام بها، وذلك لان الطبيب لم يكن يريد هذه النتيجة وان كان يقصد من وراء ذلك علاج مريضه لكنه لم يتبع الاصول الفنية، فأنه وهذه الحالة يسأل عن الخطأ الذي وقع فيه. من ذلك يتبين ان الاساس في اعتبار خطا الطبيب جريمة معاقب عليها هو الاخلال بواجبات الحيطه والحذر الذي يفرضه القانون على الاشخاص في سلوكهم. اضافة للقواعد الثابتة المقررة في المهن الطبية، إذ ان هذه المهن تفرض على القائمين بها اتباع سلوك معين وفق قواعد ثابتة [١].

هذا فيما يخص الخطأ غير العمدي وفق الاحكام العامة، عليه ما هو حكم فعل الطبيب وهل يندرج تحت وصف الخطأ غير العمدي اذا ما اصاب بفعله شخص ما في سلامه اعضائه الجسديه بمعنى ان الخطأ الذي ارتكبه الطبيب (بمعناه الضيق) يتكون من الاهمال او الرعونة او عدم الانتباه او عدم مراعاة الانظمة والقوانين موجب لمسائلته عن فعله الخاطئ. وهل الخطأ غير العمدي كخطأ عادي غير فني يسأل عنه الطبيب كأي شخص، ام يجب ان يكون الخطأ طبيا يتعلق بفنه وصنعته ؟ قبل الاجابة على ذلك يتعين معرفة الخطأ الطبي لان ما يهمنا في مجال البحث هو الخطأ الطبي. وقد عرف بأنه (تقصير في مسلك الطبيب لا يقع من طبيب يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي احاطت بالطبيب المسؤول)[٢].

ويعرف ايضا بانه مخالفة صريحة للاصول الفنية المستقرة في علم الطب والسائدة في عالم هذه المهنة أي ان الخطأ الطبي هو الذي يرتكبه الطبيب وله علاقة بمهنة الطب التي يمارسها، كان يسند اليه الخطا في التشخيص ويكون نتيجة لاهماله وتقصيره في عمله الطبي فيكون فعله خطأ طبي صادر عن طبيب ويتصل بهذه المهنة اتصالا مباشرا بالاصول الفنية لمهنة الطب[٣].

---

(١) د.حميد السعدي – جرائم الاعتداء على الاشخاص – دراسة مقارنة بين القانون العراقي والفرنسي والسوفيتي – مطبعة المعارف بغداد ١٩٦٥ ص٥٧١

(٢) د.محمود محمود مصطفى – المرجع السابق – ص٤٠

(٣) حميد السعدي وعامر عبد المشاي – المسؤولية الطبية من الوجهة الجنائية – دار التضامن للطباعة والنشر والتوزيع ١٩٩٦ ص٨٤.

اذن يمكن تعريف الخطأ الطبي غير العمدي بانه تقصير او اهمال يصدر من الطبيب – في سلوكه الطبي ويكون بمناسبة ممارسة نشاطه الطبي على مريضه – وفقاً للقواعد والاصول الفنية من تعليمات سلوك مهني وقواعد طبية لهذه المهنة والمتعارف عليها من قبل اهل العلم والخبرة نظرياً وعملياً. وكذلك القوانين والانظمة الصادرة بشانها، دون ان تنصرف إرادته إلى إحداث النتيجة الضارة مع امكانية توقع حدوثها، مما يعني ان الفعل الخاطئ لدى الطبيب نتيجة لاهماله أحدث النتيجة الضارة مع توافر العلاقة النفسية بين ارادته والنتيجة التي افضى اليها فعله.

عليه فالارادة المادية للانسان هي اساس المسؤولية، اذ انها لا تنعقد الا اذا صدر منه فعل مادي يقترفه عن وعي وارادة. وفي هذا النوع من الجرائم يكون الفاعل قد اراد الفعل دون النتيجة السيئة، أي انه غير محتاط لمنع هذه النتيجة فيكون فعله جريمة غير عمدية وانه ياخذ شكل الاهمال أي انها لا تستلزم الا اهمالا. ويقع باية وسيلة سواء بارتكاب فعل مخالف للقانون او الامتناع عن فعل واجب قانونا[١]. ويتمخض عن هذا الفعل نتيجة وهي التغيير الذي يحدث في العالم الخارجي كأثر للسلوك الاجرامي وهي يؤاخذ عليها الفاعل بالرغم من انه توقعها بتصرفه هذا دون قبولها[٢]. وان تكون هناك علاقة سببية بين هذا السلوك وبين النتيجة الحاصلة [٣]. ولا خلاف بين الشريعة والقانون في ذلك فان النتيجة الاجرامية تعد اثرا للنشاط الاجرامي وهي إما ان تكون مادية (طبيعية) او شرعية (قانونية) الا في بعض الظواهر المادية[٤] والخطا هو الركن المعنوي لهذه الفئة من الجرائم والخطا غير العمدي يعني إخلال المتهم عند تصرفه بواجبات الحيطة والحذر التي يفرضها القانون، وعدم حيلولته حدوث النتيجة الإجرامية في حين كان بامكانه ومن واجبه ذلك، فجوهر الخطأ هو الاخلال بالتزام عام يفرضه الشارع وهو الالتزام بمراعاة الحيطة والحذر[٥]. من خلال ذلك يتبين ان للخطأ غير العمدي عنصرين هما الأول: هو الإخلال بواجبات الحيطة والحذر اما الثاني: فهو العلاقة النفسية بين إرادة الفعل والنتيجة الجرمية، اذ ان القانون لا يعاقب على الفعل في ذاته وانما يتم العقاب إذا أفضى الفعل الى نتيجة إجرامية معينة وهذه اما تقع لان الفاعل لم يتوقعها بالوقت الذي يستطيع توقعها ويجب عليه ذلك فاذا لم يفعل هذا فيكون قد أخل بما هو مفروض عليه قانوناً وفعله يكون بهذه الحالة مشوبا بالخطا، واما ان الفاعل يتوقع النتيجة مع

---

[١] د. عباس الحسني – شرح قانون العقوبات العراقي وتعديلاته – المجلد الثاني – القسم الخاص – مطبعة العاني ١٩٧٤: ص٨٦.

[٢] د. محمد نوري كاظم – شرح قانون العقوبات – القسم الخاص – دار الحرية للطباعة – بغداد – ١٩٧٧ ص١٥٢.

[٣] د. فخري الحديثي – شرح قانن العقوبات – القسم الخاص – مطبعة الزمان – بغداد – ١٩٩٦ ص١١٦.

[٤] د. مصطفى الزلمي – المرجع السابق – ص ٣٠.

[٥] د. محمود نجيب حسني – المرجع السابق – ص٤٠٢.

عدم اتجاه ارادته اليها أي انه يظن خلافا للحقيقة انه بالامكان تجنبها فتقع النتيجة لانه غير محتاط لمنع وقوعها وانما كان موقفه موقف عدم المكترث وعدم تحوطه كان غير كاف[1]. فاذا كون الفعل اخلالاً بواجبات الحيطة والحذر فان الفاعل يسأل عن فعله وهناك ضابطا موضوعيا لمسائلة الفاعل بموجبه اذا كان هناك ثمة أخلال بهذا الواجب وقوامه الشخص المعتاد وهذا المعيار يعبر عنه بالتقدير المجرد مما يتوجب اعتماد نموذج عملي مماثل لقياس مسلك الطبيب، أي اعتماد سلوك طبي نموذجي من اوسط الاطباء كفاءة وخبرة وتبصر ودقة. شريطة ان يكون في نفسه الاختصاص ومن المستوى الفني والمهني ويراعي الحيطة والحذر في عمله ويبذل الجهد والعناية اللازمة لمعالجة مريضه مراعيا الاصول الفنية المؤكدة والاعراف الراسخة في نظام مهنته والتقاليد التي جرى عليها الاطباء في مثل ظروف الطبيب مع الاخذ بنظر الاعتبار الظروف الخارجية المحيطة[2]. لكن أي الاخطاء ينسب الى الطبيب ذهب القضاء العراقي الى التفرقة بين الخطا المادي والخطا الفني عند تقريره لمسؤولية الاطباء، فيقرر المسؤولية على الخطا المادي دون الفني المتعلق بالمهنة الطبية الا الجسيم الفاحش منه[3] مع انه كان الاوفق على القضاء

---

[1] د. كامل السعيد – شرح الاحكام العامة في قانون العقوبات – دراسة مقارنة – ط1- الدار العلمية الدولية ودار الثقافةللنشر والتوزيع- عمان الاردن-٢٠٠٢- ص٣٢٠.

[2] د. محمد بشير شريم – الاخطاء الطبية بين الالتزام والمسؤولية- جمعية عمال المطابع التعاونية- عمان ٢٠٠٠- ص١٦٥ .

[3] د. ضاري خليل محمود – في الطبيعة القانونية للخطا الطبي-مجلة العدالة-الاعداد ١-٤ – السنة الثالثة ١٩٧٧ – ص٤٧٦ .

- وقد أورد الفقه تقسيمات عدة للخطا هي الخطا الفني والخطا العادي على اعتبار ان الخطا الفني يصدر عن رجال الفن كالاطباء. والخطا المادي او العادي يمثل الخطا الذي ليس له علاقة بالاصول الفنية، أي انه يقع خارج مهنة الطب وينجم عن سلوك مجرد بسببه الاخلال بالقواعد العامة للحيطة والحذر الذي يتوجب على الناس كافة الالتزام بها. والفقه التقليدي ذهب الى التفريق بينهما في نفي مسؤولية الطبيب. وكذلك من التقسيمات الخطا الجسيم واليسير والخطا المدني والخطا الجنائي وظهر في ذلك اتجاهين مختلفين حول مسالة ازدواجية الخطا واخر ذهب الى وحدته حيث ذهب جانب من الفقه الى ان الخطا الجنائي اشد جسامة من الخطا المدني وهما يختلفان من حيث الهدف ، اذ ان هدف العقوبة هو الردع والزجر. اما الخطا المدني ينظر اليه من حيث اضراره بالفرد والهدف منه اعادة التوازن بين الذمم المالية كما ان هناك افعالا اجرامية يعاقب عليها جنائيا بالوقت الذي لا يترتب عليها تعويض مثل الشروع ومنهم من راى وحدة الخطأين واسندوا ذلك الى ان الخطا الجنائي يقوم على نفس العناصر التي يقوم عليها الخطأ المدني وهي الاخلال بواجبات الحيطة والحذر. ولم يسلم أي من الاتجاهات من الانتقاد وقد ادى هذا الامر الى القول بعدم الاخذ بالتفرقة هذه لانه ثبت فسادها وقضي في مصر وفرنسا بان الطبيب يسال وفقا للقواعد العامة في حالة تحقق الخطا مهما كان نوعه . راجع في ذلك د.كامل السعيد -شرح الاحكام العامة في قانون العقوبات دراسة مقارنة- المرجع السابق – ص٣٢٨ وما بعدها و د.حميد السعدي وعامر عبيد المشاي – المرجع السابق – ص٨٧ و د. ضاري خليل محمود – في الخطا الطبي – المرجع السابق – ص ٤٧٥ وما بعدها و د. عبد القادر عودة – المرجع السابق – ص٥٢٢ وهدى سالم محمد –

العراقي مسايرة الاتجاه الحديث في عدم الاخذ بالتفرقة التقليدية بين الخطا الفني والخطا المادي والاخذ بتقرير المسؤولية للطبيب الذي يرتكب الفعلة خطئا سواء كان جسيما ام يسيرا فنيا كان ام ماديا، لان الواجب الذي يلقيه القانون على عاتق الطبيب اثناء ممارسة نشاطه الطبي هو ان يبذل عناية الشخص المعتاد وعليه التيقظ المتفق مع الاصول والمبادئ المتعارف عليها .

ثانيا : مسؤولية الطبيب الجزائية غير العمدية عن فعل التغيير

لبيان حكم فعل الطبيب اذا قام بتغيير جنس شخصا ما بتداخل جراحي من ناحية ادراجه تحت وصف الخطا غير العمدي وهل يوصف مخطئا عن اهمال او رعونة ... الخ . وهل ان فعله موجب للمسائلة على انه غير عامد ؟ للاجابة عن ذلك يجب التصدي للحالة من الناحية العلمية (الطبية) لاغراض الالمام بالموضوع واعطاء الراي القانوني بشانها .

فنحن امام حالة تغيير جنس انسان خالية من اية دواعٍ طبية وتكون لمجرد الرغبة في التغيير، او نكون امام حالة مرضية نتيجة خلل في افراز الهرمونات وبالاخص هرمون الاندروجين عند الذكر او انه اختلق هذه الحالة، ففي هذه الحالة اجمع الاطباء النفسانيون والباطنيون على خطين رئيسين في العلاج لا ثالث لهما الاول العلاج الهرموني والثاني العلاج النفسي[1] فالحالة المرضية هذه هي حالة الـ هايبوكونادزم Hypogonadism اذ يعاني المريض فيها من فشل وظيفة الخصية وهي بدورها تسبب فشل في انتاج الحيوانات المنوية (الحيامن) اذ ان كل شخص طبيعي تفرز غدته النخامية وموقعها الدماغ هرمون الاندروجين وبنسبة معينة وبمستوى طبيعي. فاذا ما اختل هذا الافراز عن المستوى الطبيعي فيكون هذا الشخص مختلا جنسيا اما اذا كان ضمن المستوى الطبيعي فان هذا الذكر متزنا وطبيعيا.

هذا الخلل يؤدي الى فشل افراز هرمون الخصية وهو التستيرون وهو يؤدي بدوره الى توقف عمل القنوات الذكرية الحيمنية في الخصية والتي ينتقض معها صاحب هذه الحالة على واقعه الذكري وتتولد لديه ميولا انثوية. والطرق العلاجية المتاحة هي باعطاء المريض هرمونات بجرعات منتظمة ومساعدته نفسيا على ان يتقبل وضعه الذي يتصوره غريبا لكي يتغلب عليه ليعيش بعدها حياته بالشكل الطبيعي وعلى صورة ماهو عليه [٢].

ونفس الحال بالنسبة للانثى فان الهرمون الجنسي الانثوي هو الاستروجين يظهر لديها عند البلوغ وبظهوره هذا تتطور الخصائص الجنسية الانثوية. وهرمون البروجستيرون كذلك تفرزهما

- –مسؤولية مساعدي الطبيب الجزائية – دراسة مقارنة – ط١ – الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع – عمان – الاردن – ٢٠٠١ ص١٣٠ وما بعدها .

(١) John Madeod . op. Cit. (psychiatry) P. 777 .

(٢) John Macleod . Op. Cit. P. 497

الغدتان الصماويتان بيضويتا الشكل (المبيضان) اللذين يقعان على جانبي الحوض. وتكون مسؤولة عن انتاج البويضة والهرمون المذكور انفا. والخلل الوظيفي فيهما يسبب نفس الاضطراب الهرموني لديها[1].

من هذا يتبين ان العلاج الجراحي ليس من بين العلاجات التي أجمع عليها الاطباء فاذا أجاب الطبيب طلب طالب التغيير واجرى له العملية التغييرية فان فعله هذا لا يندرج تحت وصف الخطأ غير العمدي للاسباب الآتية:

١. ان اجراء العملية الجراحية للحالتين المعروضتين انفا اذا تمت فانه لم يكن لهما مسوغ علاجي ولم تكن هناك ضرورة طبية تدعو لها وفق الطريقة التي استخدمها الجراح، حيث وكما اسلفت ان الثابت علميا والمستقر عليه من قبل اهل الخبرة في المجال الطبي هو العلاج وفق الخطين المذكورين أنفاً.
٢. ان الطبيب غير مصرح له باجراء مثل هذا العلاج على وفق ما تقدم.
٣. وان تم التداخل الجراحي برضا المريض الحر والصريح المستنير وفق شروطه المنصوص عليها فانه لا يبيح للطبيب اجراء العملية. ويجعل فعله غير معاقب عليه لان الرضا هنا ليس معدم للركن المادي وليس مبرر لعدم مسائلة الطبيب والمساس بحرمة الجسد، كون الجراحة هنا غير مشروعة.
٤. يجب ان يكون الغرض من التداخل الجراحي علاج المريض وتخليصه من الالام والغرض منه هنا ليس علاجاً.
٥. اما فيما يخص المادة ٤١ من قانون العقوبات والتي تقضي بعدم سريان احكام قانون العقوبات على الفعل الذي يرتكبه الطبيب اذا كان الفعل استعمالا لحق مقرر بمقتضى القانون ومنها العمليات الجراحية ، نقول ان هذه المادة اشترطت اربعة شروط لاباحة النشاط الطبي للطبيب اما وانه خالف شرطي قصد العلاج ومخالفة اصول المهنة واحدث ضررا ومساسا بسلامة جسم المريض. وادى هذا المساس الى انتقاص في اعضائه الجسدية كنتيجة للفعل وتوافرت علاقة السببية بين ما قام به الطبيب وما ادى اليه عمله الجراحي هذا، فهو بذلك يكون خارج اطار المسؤولية غير العمدية ، إذ إن فعله يدخل ضمن اطار المسؤولية العمدية كما سيتم بيانه لاحقا.

ثالثا : بعض الجرائم ذات المسؤولية غير العمدية

تنعقد مسؤولية الطبيب اذا ثبت ان الضرر الذي اصاب المريض كان نتيجة خطا جسيم منه او لاهماله اهمالا فاحشا او لعدم احتياطه او لجهله بالاصول والقواعد التي يتعين على كل طبيب

---

[1] د. ابتسام نجيب الحجية -علم الفسلجة- علم وظائف الاعضاء- دار المثنى للطباعة والنشر-بغداد- ١٩٨٢-ص١٠٠.

الالمام بها، إذ انه لا يسال عن خطئه في التشخيص او عدم مهارته في مباشرة عملية جراحية، الا انه يكون مسؤولاً عن خطئه الجسيم مدنيا وجنائيا اذا ثبت أنه لم يتخذ الاجراءات والاصول التي يوجبها الفن [1].

لذا يتعين على الطبيب ان يعنى بالتشخيص والوصول الى التشخيص السليم يكون بمختلف الوسائل العلمية واهم هذه الوسائل التحليلات المرضية والتصوير بالاشعة وغيرها. وان تقصيره بالاستعانة بهذه الوسائل هو اهمال منه يسال عنه اذا كان التشخيص الذي وصل اليه مخالفا لواقع الامر، فيتم البحث ابتداءً لتحديد مسؤوليته في أنه أكان مصيباً ام مخطئاً في تشخيصه ؟ فلو بتر طبيب يد مريض بداعي ان حالته الصحية تستوجب ذلك ثم تبين ان هذا التشخيص خاطئ وان حالة المريض لا تستدعي اجراء عملية البتر كان الطبيب مسؤولا عن عملية البتر دون البحث فيما اذا كانت عملية البتر صحيحة من عدمه[2]. عليه فان مسؤولية الطبيب تقوم بحقه اذا لم يتبع اصول الفن التي تقتضيها هذه المهنة، فاذا لم يراعِ أصول الفن في اثناء ممارسته لنشاطه الطبي يترتب على فعله قيام المسؤولية غير العمدية بحقه، ذلك لان الطبيب يريد الفعل ولكنه لا يريد النتيجة الناجمة عن عمله الذي فيه اهمال او عدم احتياط. ولا يعفى الفاعل هنا من العقاب الا عند قيام الضرورة بشروطها المنصوص عليها في القانون[3]. فما على الطبيب الا ان يبذل العناية الواجبة في اختيار الدواء والعلاج الملائمين لحالة المريض بغية ان يصل الى هدفه والمتمثل بشفاء المريض وتخليصه من الالام، إذ ان التزام الطبيب ازاء مريضه لا يكون التزام بتحقيق نتيجة لكن عليه الالتزام بمراعاة الحد اللازم من الحيطه والحذر في اثناء ممارسته لنشاطه الطبي، لكن كقاعدة عامة فأن المحاكم تقيم مسؤولية الطبيب اذا ما استشف القاضي من وقائع الدعوى ان الطبيب قد

---

(1) د. محمد فائق الجوهري – المسؤولية الطبية في قانون العقوبات – دار الجوهري للطبع والنشر ١٩٥١ ص٣٦٢.

(2) نزار عرابي – مسؤولية الطبيب عن خطئه في التشخيص – مجلة المحامون السورية – الاعداد ١-٦ – السنة ٦٣ – ١٩٩٨–ص١٢٣.

(3) هدى سالم محمد الاطرقجي – المرجع السابق – ص٨٦ .

ويلحظ انه لقيام حالة الضرورة يجب توافر نوعين من الشروط – شروط تخص الخطر وشروط تخص الفعل ، شروط الخطر هي، ١. ان يهدد النفس او المال ، ٢. ان يكون جسيما ، ٣. ان يكون حالاً ، ٤. ان لا يكون الفاعل قد تسبب عمدا في ايجاد الخطر، ٥. ان لا يكون الفاعل ملزما قانونا بمواجهة الخطر – اما شروط الفعل فهي ، ١. ان لا يكون في وسع الجاني التخلص من الخطر بوسيلة غير الجريمة ، ٢. التناسب بين الفعل المكون للجريمة والخطر المراد اتقاءه ويترتب على ذلك امتناع مسؤولية الفاعل ويمتد اثر ذلك للمساهمين راجع في ذلك د. فخري الحديثي – شرح قانون العقوبات – القسم العام – مطبعة اوفسيت الزمان – بغداد ١٩٩٢ ص٣٤٨-٣٥٢ .

باشر العلاج بطريقة تنم عن اهمال ولا مبالاة ودون اتباع للاصول الطبية المتعارف عليها في هذا الشان[١].

لذلك فان مرحلة التشخيص تعتبر من المراحل الاوليه التي على أساسها يصف الطبيب لمريضه العلاج. والتي على أساسها يكون الطبيب قد وصل الى الطريقة المثلى في اختيار طرق العلاج الملائمة لحالة المريض المعروضة أمامه، وببذله العناية في ذلك وعدم وجود ما ينم عن عدم دراية بأصول الفن يجعل من الطبيب خارج إطار المسائلة.

الفرع الثاني

المسؤولية عن الجرائم العمدية

تقوم الجريمة العمدية على العلم والارادة والمتمثل بالقصد الجنائي والتي يشترط فيها ان يكون الجاني قد أراد الفعل المادي المكون للجريمة الذي اتاه وأراد مع ذلك النتيجة الجرمية التي حصلت او اية نتيجة جرميه اخرى[٢].

عليه فعناصر القصد الجنائي في جريمة الايذاء العمد هما العلم والارادة ، فالعلم باركان الجريمة هو ان يحيط بها علم الجاني بان يتجه فعله الى محل الجريمة وهو الانسان الحي وبخطورة هذا الفعل على سلامه جسم الانسان وتوقع النتيجة والمتمثلة بالاذى الذي يصيب هذا الجسم وهو الاتجاه الارادي الذي يعد جوهر القصد الجنائي، اما ارادة النتيجة تتطلب اتجاه ارادة المهتم الى احداث الاذى البدني بجسم المجني عليه، مما يتعين ان تتجه ارادة الفاعل الى احداث الاذى بدرجة من الخطورة فاذا جاوزت هذه الخطورة الى نتيجة اشد كالموت فأن الفاعل يسأل عن الموت[٣] مما يعني ان للقصد دوره في تحديد نطاق جرائم الاعتداء على سلامة الجسم.

ومن الاحكام العامة التي يخضع لها القصد الجنائي في جرائم الايذاء هو انه ليس من تاثير على قيام القصد الغلط في شخصية المجني عليه والخطأ في توجيه الفعل ويستوي ان يكون القصد محدداً او غير محدد. ولا يؤثر في قيام القصد رضا المجني عليه ومن ذلك فأن الجراح الذي اجرى عملية جراحية على بعض الاشخاص بقصد اجراء العقم فيهم يسأل عن جريمة الجرح بالرغم من ان تدخله قد حصل برضا كل منهم فالرضا ليس سبباً للاباحة هنا [٤].

---

[١] د. محمد حسين منصور – المسؤولية الطبية – موسوعة القضاء والفقه للدول العربية –ج ٢٤١ – القسم الثاني ١٩٨٧ ص٤٣.

[٢] انظر المادة ٣٣/١ من قانون العقوبات العراقي.

[٣] د. محمود نجيب حسني – المرجع السابق – ص٤٥٣

[٤] د. حميد السعدي – ج٣ – المرجع السابق – ص٢٩٤

وبما ان الفعل الذي يقوم به الاطباء قد يتخمض عنه ضرر في الاعضاء الجنسية للشخص محل الجريمة. والضرر الحاصل نتيجة التدخل الجراحي الذي يجريه الطبيب يصطلح عليه البعض بالضرر الطبي ويعرفونه بأنه (حالة نتجت عن فعل طبي مست بالاذى جسم الشخص وقد يتبع ذلك نقصا في حالة الشخص او في عواطفه ومعنوياته)[1].

والحالة موضوعة البحث قد يتمخض عنها ضرر اذا حصلت من قبل الطبيب الامر الذي يثير معه اشكالية قانونية هي تحت أي وصف قانوني يندرج هذا الفعل فأذا استعرضنا قانون الاداب الطبية العامة اللبناني في المادة ٥/٣٠ منه فانها تنص على أن يعد هذا الفعل تشويها اذا ادى العمل الطبي او الجراحي الى تغيير الجنس وكان مؤثرا في مستقبل المريض الامر الذي يقودنا الى القول بأن التشويه في جسم المريض ادى الى احداث عاهة مستديمة ارتكبت بحق هذا الشخص، هذا وقد وردت صورا للعاهة المستديمة[2] لكن اغلب القوانين لم تأت بتعريف لها لكن تصدى لها الفقه وعرفها البعض بأنها (فقد عضو من أعضاء الجسم أو فقد منفعته أو أضعافها أو فقد حاسة من الحواس أو أضعافها بصورة دائمية)[3].

وان كل مساس مقصود بجسم شخص يكون اعتداء على حقه في سلامته البدنية او الصحية ويشكل جريمة ايذاء مقصود تاخذ وصف جنايه او جنحه حسب النتائج الناجمة عن فعل الايذاء[4].

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن المتهم اجرى للمجنى عليه علاجا غير مصرح له باجرائه وترتب عليه المساس بسلامته. فأن جريمة عمديه توافرت عناصرها في الواقعة[5].

عليه يتعين بحث موضوع فعل تغيير جنس الانسان بوصفه جريمة احداث عاهة مستديمة كوصف قانوني للفعل من الناحيتين الشرعية والقانونية.

---

[1] د. محمد بشير شريم - المرجع السابق - ص١٦٩.

[2] تعرضت المادة ٤١٢/ الشق الثاني من قانون العقوبات العراقي الى صور العاهة المستديمة بقولها "وتتوفر العاهة المستديمة اذا نشأ عن الفعل قطع او انفصال عضو من اعضاء الجسم او بتر جزء منه او فقد منفعته او انقصها او جنون او عاهة في العقل او تعطيل احدى الحواس تعطيلا كليا او جزئيا بصورة دائمة او تشويه جسيم لا يرجى زواله او خطر حال على الحياة"

[3] د. فوزية عبد الستار - شرح قانون العقوبات القسم الخاص - دار النهضة العربية -مصر- القاهرة ١٩٨٢ ص٢٥٥

[4] د. كامل السعيد - شرح الاحكام العامة في قانون العقوبات دراسة مقارنة -في الجريمة- المساهمة في الجريمة- المسؤولية الجزائية وموانعها- الجزاء الجنائي (عقوبات وتدابير احترازية)-المرجع السابق - ص١٩٢

[5] محكمة النقض ٢/مارس/١٩٨٢ طعن ٢٢٦٠ لسنة ٥٠ق - والمشار اليه في المستشار احمد عبد الظاهر الطيب - موسوعة التشريعات الجنائية دار الكتب القانونية - المحلة الكبرى - ١٩٩٨ ص١٣٧٧

اولا : وصف فعل التغيير في الشريعة الاسلامية

حرمت الشريعة الاسلامية الاعتداء على أي من اعضاء الجسم لا من الشخص نفسه ولا من خلال تسليط شخص اخر غيره كالطبيب مثلا، لان هذه الاعضاء كما هي الحياة في الشريعة الاسلامية ليست ملكا خاصا للمسلم فلا يملك اتلاف نفسه او عضو من اعضاء جسمه، لانها حق لباريها شرط الا يكون هناك مقصد شرعي يؤول الى صيانة حق الحياة نفسها. وذلك عندما يكون أحد الاعضاء مصابا بأفة يتوقع منها السراية واشار طبيب حاذق بضرورة البتر لقطع سرايته انقاذاً لحياة صاحبه وجب مع هذه الحالة تسليط الطبيب على هذا القطع والا كان متسببا في إهلاك نفسه[1]. يلحظ من ذلك ان الشريعة الاسلامية تحرم الاعتداء على الاعضاء الجسدية للانسان. واوضحت احكامه بشكل تفصيلي وادخلوا فقهاء الشريعة هذه الافعال ضمن الجنايات، والجناية يعرفها الفقهاء بانها (التعدي على الانسان بازهاق روحه او اتلاف بعض اعضائه او أصابته بجرح في جسمه)[2].

فهناك الجناية على النفس والجناية على ما هو دونها ويدخل الاعتداء على الاعضاء الجسدية ضمن نطاق جناية ما دون النفس [3]. وان قطع أي عضو من اعضاء الجسم الظاهرة والباطنة هو يدخل ضمن الجناية على ما دون النفس. عليه ولمعرفة مدى انطباق فعل تغيير جنس الانسان على جناية ما دون النفس لابد من معرفة اركان هذه الجناية للوقوف على تكييف هذه الواقعة وفق هذا الوصف وثم أيراد عقوبتها الشرعية.

أ.اركان جناية ما دون النفس

تقوم الجناية على ما دون النفس على ركنين ، ركن مادي و ركن معنوي .

١.الركن المادي

والمتمثل – بالفعل الذي يأتيه الجاني على جسم المجني عليه ويؤثر في سلامته الجسدية. ويستوي في ذلك الفعل الوسائل المستخدمة في فعل الاعتداء او كان كذلك مباشرا او بالتسبب، كما يمكن ان يكون بفعل مادي او بفعل معنوي. ويلحظ أن الشريعة تشترط ان يؤدي الفعل الى الاعتداء على السلامة الجسدية لا ان يتعدى الى الحياة لان ذلك يحولها الى جناية على النفس .

---

(١) د. هاني سليمان الطعيمات – حقوق الانسان وحرياته الاساسية – ط ١ – دار الشروق للنشر والتوزيع – عمان الاردن ٢٠٠١ ص١١٦ .

(٢) ابو بكر الجزائري – منهاج المسلم – كتاب عقائد واداب واخلاق وعبادات ومعاملات – مكتبة دار الجديد ١٩٩٣ ص٥٤١.

(٣) راجع الصفحة ٤٦ من الرسالة.

٢.الركن المعنوي

والمتمثل – بان يكون الفعل الذي يأتيه الجاني متعمدا أي ان يصدر عن ارادة وان يكون ارتكابه بقصد العدوان. ويؤخذ الجاني بقصده الاحتمالي، ويسال كذلك عن قصده غير المحدد. مع ملاحظة ان الشروع في الشريعة يعدّه فقهاء المسلمين جريمة تامة[١]. والجريمة التامة تستوجب العقاب المقرر للفعل الذي اتاه الجاني. لكن ما يهمنا ان الركن المعنوي المتمثل في التعمد وهو ان يصدر الفعل عن أرادة الجاني بقصد العدوان وان ما اشترطه فقهاء الشريعة لا يختلف عن القصد الجرمي الذي حددته القوانين الجزائية[٢]. إذ يوجه الفاعل ارادته الى ارتكاب الفعل هادفا الى تحقيق النتيجة التي وقعت او اية نتيجة جرمية اخرى[٣].

ب.عقوبة الجناية ما دون النفس

قررت الشريعة الاسلامية – نوعين من العقوبات على مرتكب جناية ما دون النفس العمدية وهي اما ان تكون اصلية كالقصاص، واما ان تكون بديلة كالدية او التعزير. وعقوبة القصاص اذا انزلت بالجاني لا يجوز معها انزال عقوبة بديلة ولا يجوز كذلك الجمع بين العقوبتين، إذ لا يتم الحكم بالعقوبة البديلة الا اذا امتنع الحكم بالعقوبة الاصلية[٤].

وعقوبة القصاص تجب فيما يتعمده الانسان من جرائم الجرح وقطع الاطراف على تقدير من قبل المشرع نفسه ووجبت حقا للمجني عليه او أوليائه. وما يكون موجباً في الاعتداء على أعضاء الانسان أو جرحه يسمى بالارش، باعتبار ان بعض الفقهاء يطلقون لفظ الدية على الدية الكاملة التي تجب في الاعتداء على النفس. وبعضهم يطلق الدية على ما يجب في الاعتداء على مادون النفس من جرح أو قطع لبعض الأعضاء[٥].

ويلحظ وجوب توافر شروط معينة والتي لا يجوز الحكم بالعقوبة ما لم تتوافر. وهي ان يكون الجاني عامدا وليس والدا للمجني عليه ويكون المجني عليه مكافئا للجاني في الاسلام والحرية فانه يقاد منه للمجني عليه[٦]. وفي موضوع استئصال الاعضاء الذكرية استئصالاً عمدياً

---

[١] د. عبد الخالق النواوي – المرجع السابق – ص٤٣ .

[٢] د. حسن عودة زعال – المرجع السابق – ص٨٦ .

[٣] انظر المادة ٣٣ /١ من قانون العقوبات العراقي .

[٤] عبد الخالق النواوي – المرجع السابق – ص٤٥ .

[٥] د. عبد الكريم زيدان – العقوبة في الشريعة الاسلامية – ط٢ – مؤسسة الرسالة – لبنان – ١٩٨٨ – ص٤٧ .

[٦] ابو بكر الجزائري – المرجع السابق – ص٥٤٦ وكذلك انظر د. محمد شلال العاني – التشريع الجنائي الاسلامي دراسة تأصيلية مقارنة – ط٢ – مؤسسة مروة للطباعة ١٩٩٦ ص٢٧٥ .

فأنها توجب الديه إذ أجمع أهل العلم في الشريعة على ان في الذكر الديـة والاسـكتان الديـة[1]. ويستوي في ذلك الصغير منها والكبير وما للشيخ والشاب سواء أكان يستطيع الجماع ام لم يكـن قادرا عليه لان فيهما الجمال والمنفعة فأن يكون بهما فكانت الدية[2]. وإبانة الأطراف تطبق عليها العين بالعين والسن بالسن ويطبق القصاص بشروطه كما على إبانة الأطراف وكذلك الأمر بالنسبة للأعضاء الداخلية للجسم[3].

عليه فأن ما يؤدي الى فوات منفعة أي عضو سواء تم بالاعتداء العامد ام كان بالجرح كما في الاستئصال فأنه يوصف بجناية ما دون النفس ويكون موجبا للعقاب حسب ما تقدم.

ثانيا : الوصف القانوني لفعل التغيير

جرمت القوانين العقابية الاعتداءات الواقعة على جسم الانسان واعتبرتها جـرائم مستقلة بنفسها، ومنها قانون العقوبات العراقي الذي نص على هذه الافعال بالتجريم. ووضعها فيه تحـت عنوان جرائم الجرح والضرب والعنف واعطاء مادة ضارة، وبهذا يكون المشرع العراقي قد احاط جسم الانسان بالحماية من اجل المحافظة على اعضائه وعلى دوره الاجتماعي وذلك بالنص علـى جريمة العاهة المستديمة والافعال التي تؤدي الى احداثها. الامر الذي تـنهض معهـا المسـؤولية ليتحملها الجاني، عليه سنبحث اركان جريمة احداث العاهة المستديمة لنرى مدى انطباقها على الفعل مـع بيان عقوبتها.

أ.اركان جريمة احداث العاهة المستديمة

١.الركن المادي: يتحقق الركن المادي بتوافر ثلاثة عناصر هي :

فعل الاعتداء

يتمثل بالسلوك الخارجي لفعل الاعتداء على سلامة الجسم والتي استعمل المشرع للتعبيـر عنـه ألفاظ الجرح والضرب والعنف وإعطاء مادة ضارة أو ارتكاب أي فعل اخر مخالف للقـانون. فمـا هـو المقصود بهذه الألفاظ، إذ ان تحديد معناها يتيح معه تحديد الافعال التي يقوم عليها الركن المـادي لهـذه الجريمة. ونركز فيها على الجرح لان فعل التغيير يتحقق من خلال الجرح. وهذا يمثل أي مساس بمـادة الجسم في جزئها الاساسي الذي يتكون من مجموعة من الانسجة ويؤدي الى تمزيقها. ويعد متحققا بقطع الجلد سطحيا كان ام داخليا. وتستوي مساحة القطع الضئيلة والمستطيلة ولا يشترط معها انبثاق الدم خارج الجسم، اذ يكفي ان يكون داخليا كالنزيف الكلوي نتيجة التمزق الداخلي لانسجة الجسم الداخلية.[4]

---

[1] الاسكتان: هما الشفران الكبيران.

[2] ابي محمد عبد الله بن احمد المقدسي – المغني لابن قدامه – الجزء الثامن – المرجع السابق – ص٣٤.

[3] د. حسن عودة زعال –المرجع السابق – ص٨٧.

[4] د. محمود نجيب حسني – المرجع السابق –ص٤٣٢ .

مما يعني ان الجرح ينصرف معناه الى القطع او التمزيق الذي يلحق بأي جزء من اجزاء الجسم والذي من شأنه ان يقود الى تغيرات مادية في انسجة الجسم(١).

ويستوي الأمر في أحداث الجرح دون الالتفات الى الآلة التي استعملت سواء كانت قاطعة بطبيعتها كالسكين وغيرها من الالات المعدة لذلك ام غيرها كالالات الراضه، الا انها في النتيجة تؤدي الى حصول القطع كما يدخل ضمن معاني ومدلولات الجرح الرضوض والتسلخ والكسر وكذلك الحرق.(٢)

هذا فيما يخص الجرح كلفظ أورده المشرع في قانون العقوبات ، يتحدد بموجب معناه فعل الاعتداء في احداث العاهة وهذا ما يهمنا في مجال البحث، اذ نكتفي بأيراده دون الالفاظ الاخرى (العنف واعطاء مادة ضارة والضرب) لانه لا يتصور معها وبموجبها احداث فعل التغيير اذ ان الاستئصال للاعضاء التناسلية الذكرية او الانثوية يمكن ان يتم فقط عن طريق القطع او الاستئصال كونه يعني الجرح الذي ذكره المشرع في مواد القانون. وهذا ما يجريه الجراح في هذه العملية الجراحية مع ملاحظة ان فعل الجراح هذا يكون خاليا من قصد العلاج فيكون خارج اطار الجراحات المصرح بها كفعل يقوم به المختصون من اهل الفن الطبي.

النتيجة الاجرامية

وهي تعد أثراً للسلوك الجراحي الذي قام به الفاعل وبها تتحقق صورة العاهة المستديمة. والقوانين اعطت صورا لهذه العاهة (وهي ان ينشأ عن الفعل قطع او انفصال عضو من اعضاء الجسم او بتر جزء منه او فقد منفعته او أنقصها او جنون او عاهة في العقل او تعطيل احدى الحواس تعطيلا كليا او جزئيا بصورة دائمة او تشويه جسيم لا يرجى زواله او خطر حال على الحياة) على اثر ذلك فأن قطع عضو التناسل واستئصاله كليا من قبل الجاني يجعله مسؤولا عن هذه النتيجة وهي العاهة المستديمة.

وقطع عضو التناسل ، يقصد به اصابه الرجل بالعقم الدائم ويتم بفعل اعتداء يفضي الى استئصال القضيب او الخصيتين ويشمل هذا التعبير (قطع عضو او بتر جزء منه) ولا تحتمل هذه العبارة التي اوردها المشرع التفرقة بين الجنسين، على ان قطع عضو التناسل في القانون الفرنسي

---

(١) د. حسن صادق المرصفاوي – المرصفاوي- في قانون العقوبات الخاص – دار المعارف – الاسكندرية-مصر- ١٩٨٧ ص٢٠٠.

(٢) د. ماهر عبد شويش – شرح قانون العقوبات – القسم الخاص – الطبعة الاولى – دار الكتب للطباعة والنشر – جامعة الموصل ١٩٨٨ ص٢٢٣ – وللمزيد من الافادة انظر تفصيلا د. محمد صبحي نجم- الجرائم الواقعة على الاشخاص – الطبعة الاولى دار الثقافة للنشر والتوزيع – عمان – ١٩٩٤ ص١٠٢

اذا كان بفعل عمدي يعد من قبيل الاعمال البربرية الوحشية والتي يقتضي الحكم على مقترفها بالاعدام تطبيقا للمادة ٣٠٣ من قانون العقوبات الفرنسي[١].

لكن قد تثار اشكالية وهي اعادة الوضع الى ما كان عليه سابقا او الاستعاضة عنه بغيره، بسبب تدخل العلم لتعويض الجسم عن العضو الذي تناقضت وظيفته، اذ ان الصعوبة تكمن في امكانية اعادته او اعادة منفعته كالاستعانة بسماعة بدلا من الاذن الطبيعية، اذ ان التدخل الجراحي لا يرجع العضو المفقود او منفعته بالقدر والكيفية التي كان عليه قبل الاعتداء فيبقى الفعل موصوفا بالعاهة [٢].

وتاسيسا على ذلك يمكن القول فيما يخص الحالة موضوعة البحث ، ان الاثر المترتب على فعل الاعتداء والمتمثل بفقدان الاعضاء التناسلية ذكرية.كانت ام انثوية لا يمكن اعادة وظيفة هذه الاعضاء لحالتها الطبيعية ومعها لا يمكن الاستعانة او الاستعاضة بغيرها ولا يمكن تصور ذلك عليه يبقى وصف الفعل بان ما احدثه التداخل الجراحي هذا هو عاهه مستديمة لا يمكن برؤها الا اذا فاجأنا العلم بغير ذلك.

علاقة السببية

وهي العنصر الثالث من عناصر الركن المادي . إذ يجب ان تكون هناك علاقة سببية بين الفعل، فعل الاعتداء والنتيجة الجرمية التي وقعت ففي جريمة احداث العاهة المستديمة يجب ان تتوافر علاقة السببية بين فعل الجراح الذي قام به والنتيجة التي تحققت وهي العاهة المستديمة مما يعني ان تنسب العاهة الى السلوك . ويكون هناك رابطة بينهما كرابط العلة بالمعلول او السبب بالمسبب[٣]. ينبني على ذلك اذا انتفت هذه الرابطة لا يكون الجراح او الطبيب مسؤولا عن العاهة كونها حصلت بسبب عامل اخر، عليه لكي يكون مسؤولا عن العاهة يجب ان تتحقق الصلة بينها وبين سلوكه.

٢.الركن المعنوي:

يتعين توافر القصد الجنائي في جريمة احداث العاهة المستديمة. فالقصد الجرمي في مثل هذه الحالة ينصب على علم الجاني باركان الجريمة وبخطورة فعله فضلاً عن ارادته للفعل والنتيجة فالجاني يجب أن يكون عالما بان الفعل الذي ياتيه ينصب على جسم انسان حي، فان لم يكن كذلك فلا يكون القصد الجرمي متوافرا لديه. كالطبيب الذي يستأصل أحد أعضاء الجسم من

---

(١) د. حميد السعدي – ج٣ – المرجع السابق – ص٣٢٦.

(٢) د حسن عودة زعال – المرجع السابق – ص٧٠.

(٣) د. ضاري خليل محمود – البسيط في شرح قانون العقوبات – المرجع السابق – ص ٦٢.

شخص كان قد أغمي عليه معتقدا هذا الطبيب ان هذا الشخص ميت بناء على شهادة وفاة فانـــه لا يعد مسؤولا عن جريمة عمدية ، على ذلك يتعين عليه ايضا ان يكون مدركا لخطورة فعله وعلـــى حق المجني عليه في سلامة اعضائه الجسدية مع وجوب ان يتوقع ان هذا الفعل سيؤدي للنتيجـــة المترتبة عليه وتنصرف ارادته الى فعل الاعتداء وقصده يكون منصرفا الى احداث العاهة[1]. علما بان المشرع العراقي لم يكتفِ بالقصد الجنائي العام في جريمة احداث العاهة المستديمة بل يجب ان يكون هناك قصد جنائي خاص وهو انصراف ارادة الجاني قصدا الى احداث العاهة المستديمة مما يعني اذا قصد الجاني منذ البداية فقء عين المجني عليه وتعمد ذلك فيكون قد توافر لديـــه قصـــد خاص منذ البداية مع القصد العام والذي يقتضي تشديد العقوبة بحقه. وهذه الحالة تختلف اذا كان قد قصد مجرد الجرح فنشأ عن فعله كف بصر المجني عليه، إذ ان القصد في الحالة الاخيرة هو قصد عام[2]. وبقي ان نذكر ان الفعل المؤذي الذي يرتكبه الجاني ضد سلامة جسم المجني عليه قد يرتب بعض النتائج ومنها قد ينتهي الامر بفعل الاعتداء الى الوفاة الامر الذي يوجب مساءلة الفاعل عن كل نتيجة تسببها بفعله طالما توافر لديه قصد الايذاء[3]. مما يعني انه يسال عن قصـــده المباشـــر وكذلك الاحتمالي. هذا وان أي قضية تكون معروضة امام القضاء فيها من الظروف والملابســـات الكثيرة التي تستدعي التمعن في وصف المادة التي تنطبق والحالة، وبالنتيجة فان ما يتم تطبيقه هي القواعد العامة في قانون العقوبات.

ب.العقوبة

بالرجوع الى قانون العقوبات العراقي نرى بان فعل الاعتداء الذي يقع بطريقة استئصـــال الاعضاء التناسلية الذكرية او الانثوية لا يحصل الا عن طريق القطع ويحتويه لفظ الجرح كما بيّن. والذي تم بموجبه أحداث العاهة المستديمة من قبل الطبيب شريطة ان يكون الجاني قصد النتيجـــة التي وقعت. عليه فقد خصص المشرع عقوبة للعاهة المستديمة [4]. وهي السجن مدة لا تزيد على خمس عشرة سنة اذا كان الجاني قاصدا احداث العاهة. والعقوبة السجن مدة لا تزيد علـــى سبـــع سنوات اذا نشا عن الفعل عاهة دون ان يكون هناك قصد في احداثها. وفي الغالب ان ارادة الفاعل تكون قد اتجهت الى احداث العاهة المستديمة عن طريق الاستئصال كما وضح آنفاً.

---

(1) د. حسن عودة زعال – المرجع السابق – ص٦٨.

(2) د. حميد السعدي – ج٣ – المرجع السابق – ص٣٢٤.

(3) د. حميد السعدي – ج٣ – المرجع السابق – ص٢٩٤.

(4) د. انظر المادة ٤١٢ من قانون العقوبات العراقي .

ثالثا: المسؤولية العمدية عن بعض الجرائم

هناك بعض الجرائم في المجال الطبي تتحقق عنها المسؤولية العمدية ويمكن ان تحصل خلال عمليات تغيير الجنس ومنها:

أ. الجرائم المتعلقة بالترخيص القانوني لمزاولة مهنة الطب

لكي يتم تمكين الطبيب من مزاولة نشاطه الطبي على جسم الانسان يجب ان يكون مرخصاً له بذلك طبقا للقواعد والاوضاع التي نضمتها القوانين واللوائح الخاصة بممارسة مهنة التطبيب [١].

إذ ان الاصل في أي مساس بجسم الانسان (المجني عليه) يحرمه قانون العقوبات وقانون مزاولة مهنة الطب، ولكن يبيح القانون فعل الطبيب بسبب حصوله على اجازة علمية طبقا للقواعد واللوائح. وهذه الاجازة هي اساس الترخيص الذي تتطلبه القوانين الخاصة بالمهنة والحصول عليها يكون قبل مزاولتها فعلا. وينبني القول بان اساس عدم مسؤولية الطبيب استعمال الحق المقرر بمقتضى القانون. أي من لا يملك حق مزاولة مهنة الطب يسال عما يحدثه بالغير من جروح وما اليها باعتباره معتديا – أي على اساس العمد – ولا يعفى من العقاب الا عند قيام حالة الضرورة بشروطها القانونية [٢].

والترخيص بمزاولة مهنة الطب قد يكون شاملا لكل الأعمال الطبية وقد يكون مقتصرا على بعض منها ولا يؤثر في هذه المسؤولية ان يكون التدخل قد تم برضاء المريض نفسه وكان القصد من ورائه علاجه وشفاءه وان أضفى هذا العلاج الى نتائج لمصلحة المريض، وهو ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية، اذ يجب ان تتوافر في الطبيب الشروط المتطلبة لأجراء التدخل إضافة للترخيص الذي يصدر من صاحب الرعية [٣].

مما يترتب عليه في حالة تخلف شرط الترخيص القانوني او تجاوز الطبيب الحدود المسموح له بموجب هذا الترخيص يكون مسؤولا طبقا للقواعد العامة إذ انه حكم على شخص زعم كاذبا انه طبيب واقنع بالحيلة مريضا بمسؤوليته العمدية جراء فعله هذا[٤].

---

[١] راجع الصفحة ٨٩ من الرسالة.

[٢] قرار محكمة النقض المصرية ٢مارس ١٩٨١ – طعن ٢٢٦٠ لسنة ٥٠ ق ، ص١٩٦ والمشار اليه في المستشار احمد عبد الظاهر الطيب – المرجع السابق –ص١٣٧٧.

[٣] د. محمد عبد الوهاب الخولي. المسؤولية الجنائية للاطباء عن استخدام الاساليب المستحدثة في الطب والجراحة دراسة مقارنة –ط١ –١٩٩٧ ص١٢.

[٤] Country stanhope Kenny. Outlines of Criminal law.Combrudge:15thed, london at the University press 1936 – P.181 المشار اليه في هدى سالم محمد – المرجع السابق – ص٨٩.

هذا ما تتطلبه القوانين للترخيص الا ان بعضها قد يورد استثناء عليه [١]. وهو ان لطلاب الطب في السنتين الاخيرتين من سني الدراسة ممارسة التطبيب لدى احدى المستشفيات او العيادات لاغراض تدريبهم على أن يكون تحت اشراف طبيب، وكذلك السماح للطبيب غير المرخص اجراء عملية خاصة او تقديم مشورة وان لم يكن مرخصا. اذ ان ذلك يجعل من هؤلاء خارج الضوابط وسواهم يقع تحت طائلة المسؤولية العمدية وفق ما تقدم . مع ملاحظة تحقق مسؤولية الطبيب عن مزاولة المهنة الطبية بدون ترخيص تبقيه مسؤولا عن الايذاء الحاصل نتيجة التداخل الجراحي ايضا لانه في حقيقة الامر هناك جريمة اخرى تحققت بكامل اركانها يعاقب عليها القانون[٢]. لانها نتيجة للنشاط الطبي الذي أتاه الجاني، اذ تسبب بنتائج ضارة بالمريض. وان تحققت للاخير اهداف العلاج وهي الشفاء.

ب. الجرائم المتعلقة برضا المريض

ورضا المريض يمثل أحد شروط إباحة النشاط الطبي لعمل الطبيب ومن في حكمه على جسم المريض[٣]. ويشترط فيمن يصدر الرضا عنه ان يكون ذا أهلية [٤]. ومعيار توافرها ان يستطيع المجني عليه فهم طبيعة ما يرضى به من أفعال وتقدير أثارها مع ان يكون فعالاً ومؤثراً حراً وحقيقياً. وان لا يكون الرضا صادراً عن اكراه أو خداع أو غلط أو أي سبب اخر من شأنه ان يعيب أو يعدم الاختيار [٥].

كما يجب ان يصدر الرضا عند وقوع الفعل او قبل وقوعه مع ضرورة بقائه الى حين وقوعه كونه هنا سبباً للاباحة [٦].

ولكي يكون كذلك يجب ان يكون موضوع الرضا مشروعا مما يعني اذا كان التدخل الطبي يخالف النظام العام والاداب الحسنة فانه يتجرد عن المشروعية، وأعمالا لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بان الرضا لا ينفي الصفة غير المشروعة للعمل الطبي[٧].

---

[١] راجع المادة ٥٩/١/أ من قانون الصحة الاردني رقم ٢١ لسنة ١٩٧١.

[٢] تنص المادة ١٤١ من قانون العقوبات العراقي على (اذا كون الفعل الواحد جرائم متعددة وجب اعتبار الجريمة التي عقوبتها اشد والحكم بالعقوبة المقررة لها واذا كانت العقوبات متماثلة حكم بأحداها) .

[٣] راجع الصفحة ٨٩-٩٢ من الرسالة.

[٤] سن الاهلية في القانون العراقي هو ثمانية عشر سنة انظر المادة ١٠٦ من القانون المدني العراقي وهو يعتبر سن الاعتداء بالرضا.

[٥] د. ضاري خليل محمود – اثر رضا المجني عليه في المسؤولية الجزائية . ط١ – دار القادسية للطباعة –١٩٨٢ –ص٤٨.

[٦] د. اكرم نشأت ابراهيم – القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن – ط ١– مطبعة الفتيان – ١٩٩٨ –ص١٦٧.

[٧] نقض جنائي فرنسي ١- ٧- ١٩٣٧- سيري ١٩٣٨-١-١٩٣ والمشار اليه في د. محمد عبد الوهاب الخولي – المرجع السابق –ص١٩.

وان الشائع عمليا يتم تسجيل رضا المريض عند إجراء العمليات الجراحية على ورقة وتمثل هذه ملف التطبيب ويطلق عليها (الطبلة). ويكون عند اجراء العملية ويؤخذ الرضا من المريض نفسه او من يمثله قانونا ان كان غير قادر على ذلك ، وبشان تخلفه تتحقق المسؤولية العمدية وهو ما ذهب اليه اغلب الفقهاء [٢].

ويستثنى من ذلك الحالات العاجلة والتي يمكن اجراؤها بغير رضا وقد نوهنا عنها.

ج- الجرائم المتعلقة بمخالفة النظام العام

ومنها – جرائم الاخصاء والعقم الاصطناعي:

سبق وان اشرنا الى قوانين تبيح الاخصاء والعقم والتي أباحت ضمناً عمليات تغيير جنس الانسان[٣]. الا ان هناك قوانين اخرى لا تبيح هذه الافعال وتعتبرها محرمة ، ذلك لان الوظيفة الجنسية هي صورة من نشاط الانسان الجسدي والطبيعي وهي كاي وظيفة بيولوجية اخرى بحاجة الى حماية جنائية، عليه فليس لاي كائن ان يجعلها عاجزة عن اداء عملها الطبيعي او ان يكون سببا في نضوب معينها سواء بالاخصاء او العقم[٤].

ومن ذلك ايضا فقد حرمت الشريعة الاسلامية جميع الوسائل التي تؤدي الى قطع التناسل ومنها التعقيم الذي يراد به التاثير على الجهاز التناسلي للرجل او المراة بما يؤدي الى فقدان صلاحية الانجاب والتناسل، اذ ان شريعتنا الغراء امرت المسلمين وحضتهم على ان من مقاصد الزواج هو الحفاظ على النوع الانساني وبالتالي لا يجوز اهداره لتعارضه ومقاصد الشريعة بوصف ان ذلك من الضرورات الخمسة[٥].

ومن هذه القوانين قانون العقوبات الفرنسي الذي يعد قطع عضو التناسل من قبيل الاعمال الوحشية اذا حدث بتعمد من الجاني[٦]. وكذلك ذهب القضاء الفرنسي الى مساءلة الطبيب بعدّه عامدا عندما يقوم بعملية جراحية لامراة يستاصل بها مبايض التناسل لديها بغير مقتضى ولو كان

---

[١] نقض جنائي فرنسي ١- ٧- ١٩٣٧- سيري ١٩٣٨-١-١٩٣ والمشار اليه في د. محمد عبد الوهاب الخولي – المرجع السابق –ص١٩.

[٢] هدى سالم محمد – المرجع السابق – ص٦٥.

[٣] راجع الصفحة ٨٠ من الرسالة.

[٤] حميد السعدي و عامر عبيد المشاي – المرجع السابق – ص١٤٣.

[٥] د. عامر قاسم احمد القيسي – مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الصناعي- دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الاسلامي- ط١-الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع – عمان الاردن – ٢٠٠١-هامش ص٣٥ و ٣٦.

[٦] انظر المادة ٣٠٣ من قانون العقوبات الفرنسي والمشار اليه في د. حميد السعدي – جرائم الاعتداء على الاشخاص /ج٣/ المرجع السابق – ص٣٢٦ والمشار اليها سابقا .

ذلك بناء على طلبها[١]. وكذلك هناك من القوانين فيها ما يفهم ضمنا ان الاخصاء والعقم فعل يجرمه القانون كقانون العقوبات الليبي الذي ينص في المادة ٣/٣٣١ على معاقبة الايذاء الخطير اذا نشا عن الفعل المكون للجريمة فقدان المجني عليه القدرة على التناسل، وفقدان المجني عليه لهذه القدرة تجعله ولا شك عقيما او مخصيا. وكذلك الحال بالنسبة للقوانين العقابية التي اوردت صورا للعاهة المستديمة المتمثلة بالتشويه الجسيم للاعضاء او فقدان احداها وبتره كلا او جزءا[٢]. فان ذلك ينصرف الى معنى الاخصاء كونه جعل من المجني عليه عقيما اذا قام بهذه الافعال طبيبا وادى فعله الى فقدان المجني عليه او عليها عضوه او عضوها التناسلي مما يفقدهما القدرة على التناسل .

المطلب الثاني
مسؤولية الأشخاص المعنوية

الشخصية المعنوية تعرف بانها مجموعة أشخاص تستهدف تحقيق غرض مشترك او مجموعة من الاموال تخصص لغرض معين ويعترف القانون لهذه المجموعة بالشخصية القانونية المقررة للافراد فتصبح اهلاً لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات وينظر اليها ككتلة مجردة من الاشخاص الآدميين عن العناصر المكونة لها[٣] .

ولكون ان اللياقة الصحية الكاملة سواء بدنياً او عقلياً او اجتماعياً حق تكفل به المجتمع وعلى الدولة توفير مستلزمات التمتع بهذا الحق وذلك لتمكين المواطن من المشاركة في بناء المجتمع وتطويره[٤]. وقد اختصت وزارة الصحة العراقية بموجب قانون الصحة العامة باتخاذ الاجراءات اللازمة بغية انجاز المهام الموكلة اليها بشكلها الكامل، منها تاسيس وادارة المؤسسات والمراكز الصحية وتطويرها في جميع انحاء القطر العراقي. فهناك مؤسسات صحية علاجية تابعة

---

[١] نقض جنائي فرنسي ١/٧/٩٣٧ سيري ١٩٣٨ /١/١٩٣ والمشار اليه في د.كامل السعيد – الاحكام العامة للجريمة في قانون الاردني/ دراسة تحليلية مقارنة /ط١ – المؤسسة الصحفية الاردنية الراي – بدعم من الجامعة الاردنية /١٩٨١ ص١٥٣ .

[٢] انظر المادة ٤١٢ من قانون العقوبات العراقي والمادة ٣٣٥ من قانون العقوبات الاردني .

- ويلحظ ان قانون العقوبات البغدادي الملغي قد نص صراحه على صور الايذاء المقصود ومنها كان قطع عضوه التناسلي. والذي يقصد به حرمان المصاب من ان يكون له القدرة على ممارسة العملية الجنسية وهذه تؤدي بدورها الى عدم القدرة على الاخصاب ومن ثم يصبح معها عقيما ،عليه يكون المقصود بقطع عضو التناسل العقم الدائم والذي يحصل باستئصال قضيب الرجل او خصيتيه – للمزيد من التفصيل انظر – علي السماك – الموسوعة الجنائية في القضاء الجنائي العراقي ط١ – الجزء الرابع – مطبعة الارشاد – بغداد – ١٩٦٦–ص١٨٠ .

[٣] د. محمد يعقوب السعيدي – نظرية الشخصية المعنوية – مجلة القضاء – العدد ٣ السنة ٣١ – ١٩٧٦ – ص١٤

[٤] انظر المادة الاولى من قانون الصحة العامة العراقي.

للدولة تعمل على تقديم الخدمات الصحية العلاجية المتكاملة الى المرضى الراقدين فيها. وكذلك لمراجعي العيادات الخارجية وتطوير هذه الخدمات بالفحص والتشخيص والعلاج بشكل يواكب التطورات العلمية الحديثة.هذا فيما يخص المؤسسات الصحية التابعة للدولة اضافة لذلك هناك مؤسسات صحية غير حكومية إذ إن قانون الصحة اجاز افتتاح مستشفى اهلي وفقا لضوابط معينة حددت الكيفية التي يتم من خلالها وبعد توافر شروط معينة منح اجازة افتتاح مستشفى خاص[١] .

من خلال ذلك ولتحديد مجال البحث، يتبين ان هناك مؤسسات صحية تابعة للحكومة (المستشفيات العامة) واخرى غير حكومية (المستشفيات الخاصة او الاهلية). وللتقدم العلمي في مجال الطب الجراحي وما يستخدمه الجراح او الطبيب من آلات معينة وغرف عمليات وادوية وما الى غير ذلك من الاستخدامات الطبية الاخرى في هذا المجال توفر له من قبل هذه الجهات. والتي يثار معها التساؤل عن مدى امكانية مسائلة هذه الجهات عما يرتكبه الاطباء والجراحين من أخطاء جراء ممارستهم لانشطتهم الطبية في هذه المؤسسات ؟ مما يتطلب تحديد مسؤولية هذه الاطراف من الناحية الجنائية وبخاصة في مجال تغيير الجنس وقبلها سانتاول الاسس الفكرية لمسؤولية الشخصية المعنوي وبعدها سانتاول مسؤولية المستشفيات الحكومية والخاصة وذلك في فرعين متتاليين.

الفرع الاول

الاسس الفكرية لمسؤولية الشخص المعنوي

ساد الفقه نظريات عدة لتحديد اسس مسؤولية الشخص المعنوي الجنائية وكان اهمها نظريتان رئيسيتان كانتا الاكثر شيوعا وانتشارا وهي نظريتي الحقيقة والافتراض.

النظرية الاولى – نظرية الحقيقة.

يرى انصارها ان هناك تماثلا تاما بين الشخص المعنوي والشخص الطبيعي من الناحية البيولوجية والقانونية، اذ ان الشخص الطبيعي عبارة عن رأس وعقل وأصابع يستخدمها في حياته فان الشخص المعنوي ايضا له راس يتمثل في مديره وعقل يتمثل في مجلس ادارته واصابع هم عماله وموظفوه وهؤلاء لا يتحركون الا من قبل الجهاز المحرك والمسيطر على الجسم وهو العقل، اذن الشخص المعنوي له قدرة التعبير عن ارادته وارادة ممثله هي ارادته. ومن ثم فهو يستطيع أيضا ان يقاضي ويقاضى. هذا وان حقوقه وحرياته مخلوقة بقانون وكذلك الشخص الطبيعي إذ ان الاخير عندما يرتكب جريمة فانه يحرم من هذه الحقوق والشخص المعنوي يحرم

---

[١] انظر المواد ٧٩ و ٨٣ من قانون الصحة العراقي.

منها مؤقتاً كالوقف ومؤبداً كالحل وخلاصة النظرية تقوم على قاعدة من يعمل بواسطة الغير يعمل بيده[1].

يترتب على ذلك ان الشخص المعنوي هو شخص حقيقي وفقاً لهذه النظرية واهلا لاكتساب الحقـوق والالتزامات والواجبات ولا يستطيع ممارسة هذه الاهلية الا بواسطة شخص آدمي يمثله ويعمـل باسـمه. والشـخص المعنوي هنا لا يوجد الا بتوافر ثلاث عناصر وهي وجود مصالح مشـروعة أي جديـرة بحمايـة القانون وتصبح بموجب هذه الحماية حقوق . وكذلك ان نظام هذا الشـخص يسـمح بتحديد القدرة الارادية التي تملك الافصاح عما تقتضيه هذه المصالح كما تملك القـدرة علـى مباشـرة التصرفات القانونية. الشخص المعنوي وان لم تكن له ارادة تفصح عن مصـالحه فان نظامه الاساسي يكفل تحديد المديرين والممثلين الذين تكون لهم سلطات التعبير عما تقتضـيه مصـالحه مـن تصرفات. اما العنصر الاخير يتمثل بضرورة اعتراف الدولة بالشخص المعنوي وهي كنظرية نجدها راجحة في الوقت الحاضر[2].

اذن اسـاس المسؤولية الجنائية وفقاً لنظرية الحقيقة يقدم تبريراً لكل المشاكل القانونية التي تعـترض المسـؤولية الجنائية للشخص المعنوي من الناحية المادية وايضا المعنوية، إذ ان الاتجاه التشـريعي الحديث لا يقصر مفهوم الفاعل الاصلي على مرتكب السلوك المادي للجريمة بل يشمل كـل من حضر مسرح الجريمة ويسال المحرض الذي يبث الفكرة الاجرامية لدى الفاعل الاصلي دونمـا ارتكـاب مـنه للسلوك المادي، وكذلك الامر الفاعل المعنوي الذي يستخدم اشخاص غير مسـؤولين جزائـيا دون ان يرتكب السلوك المادي. ونفس الحال في جرائم الامتناع فان مسؤولية الشـخص المعنوي لا تخرج عن هذا المجال فهو ملتزم قانونا بالاشراف والرقابة على تابعه اثناء عملـه، إلا انه لم يفعل شيء حتى حدثت الجريمة من جراء امتناعه. اما الناحية المعنوية المتمثلة بالقصد الجنائي فهذه الفكرة لا تخرج عن اما ان يقوم بالتحريض، واما ان يعلم بقصد الفاعل وكان باستطاعته منعه، او انه لم يحرض أو يعلم بأمر الجريمة إلا انه كان في استطاعته العلم بها ومنعه عنها ويتوافر هنا في حقه الخطأ[3] .

هذا وقد لاقت هذه النظرية معارضة استندت على الحجج التالية:

١. لـيس للهيئات المعنوية ارادة خاصة ولا معنى للخطأ بدون إرادة، فمن ليس له ارادة خاصة لا يخطئ وتبعا لذلك يجب ان لا يسال.

---

[1] د. عـبد الوهاب عمر البطراوي – الاساس الفكري لمسؤولية الشخص المعنوي مدنياً وجنائياً – دراسة مقارنة- بحوث جنائية مقارنة بالفقه الاسلامي- قدمت لمؤتمرات دولية ومحليه – الطبعة الرابعة- البحث العاشر – ١٩٩٩ – ص٥١ .

[2] د. محمد يعقوب السعيدي – المرجع السابق – ص٢٢-٢٣.

[3] د.عبد الوهاب عمر البطراوي / الاساس الفكري لمسؤولية الشخص المعنوي مدنياً وجنائياً / المرجع السابق – ص ٥٣ و ٥٤.

٢. لا وجود للهيئات المعنوية ولا قدرة لها الا ضمن نطاق تنفيذ رسالتها. وتنفيذ هذه الرسالة لا يقتضي استخدام الاجرام كوسيلة، ولذلك كانت هذه الهيئات غير قادرة على الاجرام وانما يجرم من يشرف عليها.

٣. ان فرض العقوبات على الاشخاص المعنوية سوف يطال كل الاعضاء حتى الذين لم يعلموا بها او حتى من عارضوا ارتكابها ، ومثل هذا الامر يخل بمبدأي شخصية المسؤولية وشخصية العقوبة.

٤. ان من يتفحص العقوبة التي جاء بها قانون العقوبات ليجد بكل وضوح انه اراد انزالها بحق الاشخاص الطبيعيين فقط لا المعنويين. واذا طبقت على الاشخاص المعنوية فقدت كل معنى لها، فكيف يتصور اعدام هيئة معنوية او حبسها بالمعنى القانوني للاعدام او الحبس معا[1] .

النظرية الثانية – نظرية الافتراض.

ذهبت هذه النظرية الى ان الشخص المعنوي من حيث الواقع شخص مفترض او خيالي أملته الضرورة عكس الشخص الطبيعي المكون من اللحم والدم، وهما يختلفان من حيث القانون، فالقانون يعد طبيعة كاشفة لدى الشخص الطبيعي الا ان هذه الطبيعة منشئة للشخص المعنوي واذا كان القانون يستند باعترافه للشخص المعنوي على الضرورة. فتلك الضرورة تتطلب مساءلته عن جريمة تابعه وهي حالة من حالات المسؤولية عن فعل الغير.اما اساس المسؤولية وفقا لنظرية الافتراض فان الشخص المعنوي يسال عن الجريمة مسؤولية غير مباشرة لانه يسال عن خطأ تابعه وهو خطأ غير مباشر ولانه مهد للجريمة امام تابعه او بسبب عدم إحكامه الرقابة او باستخدام التابع لوسائل وادوات الشخص المعنوي في ارتكابه الجريمة، وبسبب عدم تطابق الشخصيتين فلا يسأل عن الخطأ وكأنه حدث منه شخصياً[2] .هذا وقد رفض المؤيدين لمسؤولية الاشخاص المعنوية حجج المعارضين لها وتمثلت بجملة امور منها ان علماء الاجتماع اثبتوا ان للاشخاص المعنوية ارادة مستقلة عن ارادات الافراد المكونون لها. اضافة لذلك ان فرض العقاب لا يؤدي الى الاخلال بمبدا شخصية العقوبة، لانه لا يتحقق الا اذا وقعت العقوبة مباشرة على غير المسؤول عن الجريمة، اما اذا وقعت عليه وتعدت اثارها الى اشخاص يرتبطون به فلا مساس بمبدا شخصية العقوبة، وان مبدا التخصص لا يرسم حدود الوجود القانوني للشخص المعنوي وانما

---

(١) د. كامل السعيد – شرح قانون العقوبات الاردني الدولي رقم ٨٦ لسنة ٢٠٠١ – المرجع السابق – ص١٦ وللمزيد من التفصيل انظر د. توفيق الشاوي- محاضرات عن المسؤولية الجنائية في التشريعات العربية – جامعة الدول العربية – معهد الدراسات العربية العالية ١٩٥٨ ص ١٢٩.

(٢) د. عبد الوهاب عمر البطراوي – الاساس الفكري لمسؤولية الشخص المعنوي مدنيا وجنائيا – المرجع السابق – ص٥٥

يرسم حدود النشاط المصرح له به. فاذا جاوز مجال اختصاصه فما زال له وجود ولكن يعد نشاطه غير مشروع ومن ثم تنعقد مسؤوليته[1].

هذا ولوجاهة حجج المؤيدين لمسائلة الشخص المعنوي ادى الامر الى ان تاخذ اغلب التشريعات بنظرية الحقيقة[2]. ومنها قانون العقوبات العراقي ففي المادة ٨٠ منه اقر بمسؤولية الاشخاص المعنوية الجزائية عن الجرائم التي يرتكبها ممثلوها أو مديروها أو وكلاؤها لحسابها أو بإسمها على ان لايجوز الحكم عليها بغير الغرامة والمصادرة والتدابير الاحترازية المقررة قانوناً[3].

والى نفس الاتجاه ذهب القضاء العراقي عندما قررت محكمة جنايات الكرادة بصفتها التمييزية بان (الاشخاص المعنوية وفقاً للتشريع العراقي عددتهم وعينتهم المادة ٤٧ من القانون المدني وقد اشترط قانون العقوبات العراقي ١١١ لسنة ٩٦٩ لمساءلة الاشخاص المعنوية جنائيا طبقا للمادة ٨٠ عقوبات شرطان الاول ان للشخص كما لو كان مديرا له او ممثلا عنه او وكيلا من وكلائه اذ المهم ان يكون مرتكب الجريمة من ذوي الصفة القانونية للشخص المعنوي[4].

وكذلك بالنسبة لقانون العقوبات الاردني[5]. اقر بمسؤولية الهيئات المعنوية. وبذلك تكون قد حسمت هذه القوانين مسالة تاريخية كانت محل خلاف الى زمن قريب، اذ كانت تسال الهيئات المعنوية جزائيا في الازمنة القديمة وحتى اواخر القرون الوسطى ثم لم تعد تسال جزائيا عن اعمالها غير ان قضية مسائلتها جزائيا عن جرائم مقصودة وغير مقصودة عسادت من جديد واكتسبت شكلا جديدا وجدياً[6].

وبذلك فأن هذه القوانين ومنها قانون العقوبات العراقي قررت وبمقتضى قاعدة عامة مسائلة الشخص المعنوي مستندة بذلك على مبدا تشخيص الشخصية المعنوية، إذ تضمن النص العراقي مثلا ان الاشخاص المعنوية .... مسؤولة جزائيا . ويتم معاقبتها بالغرامة والتدابير الاحترازية

---

[1] د. كامل السعيد – شرح قانون العقوبات الاردني المعدل رقم ٨٦ لسنة ٢٠٠١ – المرجع السابق ص١٧

[2] منها قانون العقوبات السوداني المادة ٩ والقطري المادة ٣

[3] انظر المادة ٨٠ من قانون العقوبات العراقي.

[4] راجع قرار محكمة جنايات الكرادة بصفتها التميزية ذي الرقم ١١٠ /ت/ ١٩٨٥ في ١٩٨٥/١١/٢٠ والمشار اليه فـي مجلة القضاء العدد الاول – السنة الحادية والاربعون – ١٩٨٦ – ص٩ .

[5] انظر المادة ٢/٧٤ بنصها الجديد الذي ورد في القانون المعدل رقم ٨٦ /٢٠٠١ من قانون العقوبات الاردني . .

[6] د. كامل السعيد – شرح قانون العقوبات الاردني المعدل رقم ٨٦ لسنة ٢٠٠١ دراسة تحليلية – المرجـع السـابق – ص١٨ .

والمصادرة وفي الوقت الذي يسال فيها الشخص المعنوي وفق ما تقدم فان اثار الدعوى الجزائية تسري على ممثله او عامله ويعاقب كلا منهما بالعقوبات حسب طبيعة كل منهم.

الفرع الثاني

مسؤولية المستشفيات

بأعتبار ان المستشفيات بصفة عامة تتمتع بموجب القوانين بالشخصية المعنوية[1]. لابد ابتداءً معرفة ما المقصود بالمستشفى إذ تعرفه بعض القوانين[2]. بانه بيت للنقاهة او دار للتمريض او كل محل يستعمل او معد لقبول الاشخاص المصابين باي مرض او اذى جسماني او عاهة جسمانية او عقلية او قبول النساء من معالجة او تمريض لهؤلاء الاشخاص بامر او بدونه.

وتعمل هذه الدوائر على تقديم الخدمات الصحية العلاجية المتكاملة الى المرضى الراقدين فيها[3]. وان هذه الخدمات الصحية تقدم من قبل طاقم عمل متكامل في هذه المستشفيات ويطلق قانون العقوبات العراقي على هؤلاء الأشخاص بالمكلفين بخدمة عامة[4].

وقد بين سابقاً أن المستشفيات تكون إما حكومية متمثلة بالمستشفيات التابعة للدولة والمملوكة لها او تكون غير حكومية وهي تلك المستشفيات التي يملكها الأفراد أو الجمعيات وتكون متمثلة بالمستشفيات الخاصة (الأهلية). لذلك سأتناول موضوع المسؤولية الجزائية المترتبة على تلك الهيئات جراء ارتكاب موظفيها والعاملين فيها بأسمها ولحسابها أفعال يعاقب عليها القانون. كما في تغيير جنس الإنسان وسأخصص فقرة لكل منها.

أولا : المستشفيات الحكومية.

تعد المستشفيات الحكومية من مصالح الحكومة والمملوكة لها وضمن دوائرها الرسمية وهي بذلك تكون خارج إطار المسؤولية الجزائية. فقد تم استثناء ((مصالح الحكومة ودوائرها الرسمية وشبة الرسمية)) بموجب نص المادة ٨٠ من قانون العقوبات العراقي – الشق الأول منها. بذلك نجد أن المشرع العراقي قصر مسائلة الشخص المعنوي جزائيا على الأشخاص المعنوية الخاصة طبقا لنص المادة المذكورة أنفاً.

---

[1] انظر المادة ٤٧ من القانون المدني العراقي ذي الرقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ والتي اوردت وعينت الاشخاص المعنوية في القانون العراقي.

[2] انظر المادة ١٦ من قانون الصحة العامة الاردني ذي الرقم ٢١ لسنة ١٩٧١.

[3] انظر المادة ٧٩ من قانون الصحة العامة العراقي .

[4] انظر المادة ٢/١٩ من قانون العقوبات العراقي والتي نصت (٢-المكلف بخدمة عامة : كل موظف او مستخدم أو عامل أنيطت به مهمة عامة في خدمة الحكومة ودوائرها الرسمية وشبة الرسمية والمصالح التابعة لها او الموضوعة تحت رقابتها ..... وعلى العموم كل من يقوم بخدمة عامة باجر او بغير اجر.

ويعلل بعض الفقهاء هذا الاستثناء الذي أورده المشرع لسبب أن الأشخاص المعنوية هـذه تكون مكلفة بإشباع حاجات عامة. وان تعطيل هذه الأشخاص معناه التأثير على حاجـات النـاس وهي من الضروريات التي لا يمكن الاستغناء عنها فلا مجال للاستغناء عن الحاجة إلـى العـلاج مثلاً[1].

ألا إن هذا الاستثناء لا يمنع مسائلة مرتكب الفعل المجرم جزائيا إذا ارتكب من قبل ممثلي الشخص المعنوي أو مديروها أو وكلاؤها وكان ذلك لحسابها أو باسمها. لطالما ان هذا الشـخص ارتكب الفعل عن وعي واردة وعلم بكافة عناصر الجريمة، ويحمل في نفسـه القصـد الجرمـي المتمثل باتجاه أرادته إلى ارتكاب الفعل وأحداث النتيجة أو أية نتيجة جرمية أخرى. والحكم يكون على ممثل الشخص المعنوي بصفته الوظيفية لا الشخصية[2].

عليه فتتحقق مسؤولية الفاعل عن الجريمة وفق القواعد العامة وفقاً لما تقدم، أما العقوبة فلا تمتد إلى الشخص المعنوي إذ أنها تقرر بحق الطبيب او الجراح ومن في حكمهم إذا قام أحدهم أو مجموعة منهم بأجراء عملية جراحية أو علاجية مخالفة لاحكام القـانون او مخالفـة للتعليمـات والضوابط الصحية الخاصة بأجرائها وذلك للاستثناء المتقدم ذكره، عليه فأن مرتكـب الجريمـة شخصياً يعاقب بالعقوبات المقررة للجريمة في القانون، والأمر نفسه لايمنع معاقبة الأشخاص الذين يعملون معه في المستشفى إذا توافرت بحقهم شروط الاشتراك في الفعل المجرم قانوناً.

ثانيا:- المستشفيات الخاصة (الأهلية).

تعد المستشفيات الخاصة أو الأهلية مؤسسات صحية غير حكومية فقد أجاز قانون الصـحة العامة العراقي افتتاح مستشفى أهلي وفقاً لضوابط معينة حددت الكيفية التي يتم بموجبها وبعد توافر شروط معينة منح أجازة افتتاح مستشفى على أن يتم تشكيل مجلس إدارة يشـرف علـى شـؤون المستشفى، وتحدد وزارة الصحة العراقية كيفية تكوينه ومهامه على أن تمثل الوزارة فيه[3]. كونه من المصالح الموضوعة تحت رقابتها[4]. عليه بما أن هذه الهيئات من المصالح الموضوعة تحـت رقابة الحكومة وليس من مصالح الأخيرة ولا من دوائرها الرسمية وشبه الرسمية، فأنها بذلك تعتبر المقصودة بالمساءلة الجزائية طبقا لنص المادة ٨٠ من قانون العقوبات. فتكون مسؤولة جزائيا عن الجرائم التي يرتكبها ممثلوها أو مديروها أو وكلاؤها لحسابها أو بإسمها، عليـه فـان مسـؤولية

---

[1] د. كامل السعيد – شرح قانون العقوبات الأردني المعدل رقم ٨٦ لسنة ٢٠٠١ – المرجع السابق ص٢٤ .

[2] قرار محكمة التمييز ٤٩ و ٥٠/ هيئة عامة – ثانية/ ٧٣ في ١٩٧٣/٤/٢٨ – المشار أليه فـي . إبـراهيم المشـاهدي المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز – القسم الجنائي- مطبعة الجاحظ – بغداد – ١٩٩٠ – ص ٢٣٩ .

[3] انظر المواد ٨٣ و ٨٤ من قانون الصحة العامة العراقي .

[4] انظر المادة ١٩ من قانون العقوبات العراقي .

الأشخاص المعنوية الجزائية تنعقد شريطة أن ترتكب الجرائم باسم الهيئة أو بإحدى وسائلها، مما يعني إن الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات يمكن أن تسند إلى الشخص المعنوي إذا تحقق هذان الشرطان، عليه إذا اقدم الطبيب أو الجراح على الفعل المجرم واتجهت أرادته إلى إحداث النتيجة التي قصد أحداثها وهو يعلم ماهية فعله وخطورته على الحق الذي يبغي الاعتداء عليه وهو الذي اساء التصرف في الوسائل التي توجد لدى الشخص المعنوي لاحداث الضرر بالغير وقام بهدر الحقوق التي أضفى المشرع الجنائي الحماية عليها. الأمر الذي يجعل من أسباب المسؤولية متوافرة في كل من مرتكب الجريمة والشخص المعنوي أيضاً، لان الفعل الجرمي هذا إنما تم من قبل هؤلاء باسم الشخص المعنوي وبالوسائل المتوفرة فيها وبالأساليب المستمدة من نشاطها عليه انعقدت مسؤولية الأشخاص الطبيعيون والمعنويين فادى الأمر هذا بان يكون العقاب بالمؤاخذة لمدير الشخص المعنوي وأعضاء أدارته وممثليه الذين يرتكبون فعلاً جرمياً معاقباً عليه[1]. أذن ممكن أن تتحقق في الأشخاص المعنوية شروط الاشتراك في الجريمة، فإذا افترضنا أن عملية جراحية كعملية تغيير الجنس قد تمت في أحد المستشفيات الخاصة من قبل أحد الأطباء أو الجراحين وتحققت شروط الاشتراك المنصوص عليها في القانون وهي وقوع الفعل المكون للجريمة وحصول الاشتراك بإحدى الطرق المبينة في القانون[2]. وان يكون هناك قصد جنائي لدى مرتكبها مع توفر العلاقة بين فعل الاشتراك والفعل المكون للجريمة فان مسؤولية الشخص المعنوي تنعقد ويستحق معها العقوبة. بقي أن أشير إلى العقوبة التي يرتبها القانون على الشخص المعنوي التي تتلائم وطبيعته. حيث نصت المادة ٨٠ من قانون العقوبات على انه لا يجوز الحكم عليها بغير الغرامة والمصادرة والتدابير الاحترازية المقررة للجريمة قانونا، فإذا كان القانون يقرر للجريمة عقوبة أصلية غير الغرامة أبدلت بالغرامة. وعلى ذلك سارت محكمة التمييز في العراق عندما قررت "لا يجوز الحكم على الشخص المعنوي بالحبس كعقوبة أصلية أو بديلة[3].

ومن العقوبات التي يمكن أن تحكم بها المحكمة على الشخص المعنوي هي المصادرة وتكون عند الحكم بالإدانة في جناية أو جنحة وتقرر مصادرة الأشياء المضبوطة التي تحصلت من الجريمة أو التي استعملت في ارتكابها أو التي كانت معدة للاستعمال فيها دون الإخلال بحقوق

---

[1] نقض جزائي سوري قرار ١٩٢٣ - بتاريخ ١٩٩٥/٨/١ والمشار اليه في د. كامل السعيد – شرح قانون العقوبات الاردني المعدل رقم ٨٦ لسنة ٢٠٠١- المرجع السابق – ص٢٢.

[2] انظر المادة ٤٨ من قانون العقوبات العراقي.

[3] قرار محكمة تمييز العراق ١٣٥١/ تميزيه/ ٧٢ بتاريخ ٧٣/١/٢٤ المشار أليه في إبراهيم المشاهدي- المرجع السابق- ص٢٣٩.

الغير حسن النية وتصادر المحكمة الأشياء المضبوطة التي جعلت أجراً لارتكـــاب بالجريمـــة[١]. ومنها أيضا نشر الحكم الصادر بالإدانة وهي نص عليها قانون العقوبات.

وهناك أيضا تدابير احترازية يمكن فرضها على الشخص المعنوي وهي على نوعين أما أن تكون سالبه للحقوق واما أن تكون مادية. تمثل السالبة للحقوق حظر ممارسة العمل وسحب إجازة العمل. أما المادية تمثل غلق المحل الذي استخدم في ارتكاب الجريمة وممكن أن تحكم المحكمـــة بوقف الشخص المعنوي وحله ويستتبع الأخير تصفية أمواله وزوال صفة القـــائمين بإدارتـــه، أو تمثيله وحظر ممارسة أعماله التي خصص نشاطه لها ولو كان ذلك باسـم أخـر أو تحـت إدارة أخرى[٢]. ولابد من الإشارة أخيرا إلى أن قانون الصحة العامة العراقي أورد إحكاما عقابيـــة فـــي المادة ٩٦ منه وبفقراتها الخمسة وتفرض عند مخالفة إحكام القانون والأنظمة والتعليمات الصادرة بموجبه وأعطى حق الغلق لأي من المحال الخاضعة للإجازة أو الرقابة لوزير الصـــحة أو مـــن يخوله. وان الاعتراض على قرار الغلق هذا يكون أمام لجنة استئنافية مؤلفة مسبقا من الوزير ويتم تحديد طرق الطعن في هذه القرارات أمامها أيضا من قبل الوزير على أن تمتنع المحاكم من سماع الدعاوى الناشئة عن هذه القرارات وحدد القانون غرامات وعقوبات تفرض من جهـــات صـــحية حسب نص القانون.

ولنا في ذلك وجهة نظر وهي انه لا خير في أن تخول هذه الجهات بغلق المحال المخالفـــة للقانون. وأن كان لابد منه فيجب أن لا تتجاوز مدة الغلق عن أسبوع يعرض الأمر خلالها علـــى القضاء ليقول كلمته بشان ذلك، وتبقى هذه اللجان مهمتها إبداء الرأي وتقديم الكشـــوفات اللازمـــة لتثبيت المخالفة الصريحة للقانون، أي أنها تقوم بتقديم المشورة من الناحية الفنية لا أن تكون جهة قانونية أو قضائية . كي تبقى الأجهزة القضائية هي صاحبة الكلمة الفصل من جهة ولغـــرض ألا يفقد الجهاز القضائي دوره في إحقاق الحق وفق الرؤية القانونية والمتوافقة مع إحكـــام القـــوانين النافذة والمنظمة للحياة الاجتماعية ولعدم ضياع حقوق هذه الأشخاص من جهة أخرى.

المطلب الثالث

المسؤولية الجزائية عن فعل الغير

لم تحظ المسؤولية عن فعل الغير بعناية الفقه والقضاء ألا في مطلع القرن التاســـع عشـــر حيث بدا الاهتمام بدراستها، أما ظهور فكرتها في القانون كان منذ مطلع القرن الثامن عشر[٣].

---

[١] انظر المادة ١٠١ و ١١٢ من قانون العقوبات العراقي.

[٢] انظر المواد ١١٣ و ١١٥ و ١٢١ و ١٢٢ من قانون العقوبات العراقي .

[٣] د. مصطفى إبراهيم الزلمي – المرجع السابق – ص١١٦ .

ومنذ ذلك الوقت كشفت الحقائق عن أسس سليمة ساعدت على تطور القانون الجنائي باعتباره تنظيما لمظاهر الحياة الاجتماعية وقد تبنى القانون كل متطلبات التطور الحضاري فبدأ القضاء والتشريع يعاقب أشخاصاً لم يكونوا هم الفاعلين الماديين للجرائم والذين لا يمكن توجيه تهمة الاشتراك لهم بمعناه القانوني. ومن ذلك الوقت ظهرت فكرة المسؤولية عن فعل الغير[1].

والتي عرفها البعض بأنها المعاقبة على أعمال ترتكب من قبل شخص أخر. والبعض الأخر ذهب إلى أنها مسلك شخصي مخالف لواجب يفرضه القانون على المخاطب بقاعدته والذي يتمثل في امتناع كان سببا في النتيجة الإجرامية التي ترتبت على فعل الغير[2].

وإزاء هذا الموضوع كان للفقهاء موقفين، **الاول** : رأى أنها تقتصر على الحالات التي نص عليها القانون صراحة لأنها مفترضة جاءت خلافا للأصل، إذ أن القانون يفترض توافر القصد الجرمي لدى المسؤولين عن فعل الغير[3]. ومن الحالات التي نص عليها القانون صراحة هي مسؤولية الأولياء في قانون رعاية الأحداث الذي فرض عقوبة الغرامة على الولي الذي أهمل رعاية الصغير أو الحدث إهمالا أدى به إلى التشرد او الانحراف عن السلوك أو أدى هذا الإهمال إلى ارتكاب الحدث جنحة أو جناية عمدية[4].

أما **الثاني** : رأى أنها مسؤولية جزائية صحيحة ومبررة ولا تخالف شخصية العقوبة، اذ أنها تطبيق للقواعد العامة عليه فأنها لا تحتاج إلى نص خاص فالشخص يسال عن فعل غيره في حالتين أما لخطئه في الإشراف والمراقبة واما لخطئه في اختيار من يعمل تحت أشرافه[5]. أما الموقف في الشريعة الإسلامية فأنها تعد المسؤولية شخصية استناداً للقران الكريم فقد جاء في الكثير من الآيات الكريمة تأكيداً على شخصية المسؤولية ومنها ما جاء بقوله تعالى ((من اهتدى فإنما يهتدي لنفسه ومن ضل فإنما يضل عليها ولا تزر وازرة وزر أخرى وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا)) [6]. وكذلك قوله تعالى ((من عمل صالحا لنفسه ومن أساء فعليها وما ربك بظلام للعبيد)) [7].

---

[1] د. محمود عثمان الهمشري- المسؤولية الجنائية عن فعل الغير – الطبعة الأولى – دار الفكر العربي – ١٩٦٩ ص٧ .

[2] هدى سالم محمد – المرجع السابق – ص٧٤ .

[3] د. فخري عبد الرزاق الحديثي- القسم العام – المرجع السابق- ص٣٥٧ .

[4] انظر المادة ٢٩/ أولا وثانيا من قانون رعاية الأحداث العراقي رقم ٧٦ لسنة ١٩٨٣س .

[5] هدى سالم محمد – المرجع السابق – ص٧٤ .

[6] سورة الإسراء / الآية ١٥ .

[7] سورة فصلت / الآية ٤٦ .

عليه فلا يوجد تطبيقا لهذه المسؤولية خارج نطاق المسؤولية بالتسبب. ألا إن هناك من الفقهاء المسلمين ذهب إلى وجوب الدية على العاقلة كما في حالة القتل الخطأ وشبه العمد والقسامة وهاتان الحالتان تعدان من تطبيقات المسؤولية الجنائية عن فعل الغير في الشريعة الإسلامية(١).

وبما أن الطبيب أو الجراح وهو يمارس نشاطه الطبي يعمل دائما بصحبة فريق طبي مساعد له خصوصا إثناء إجرائه التداخلات الجراحية، وعمله هذا وسط الفريق الطبي المساعد له قد يرتب عليه مسؤولية أفعال هؤلاء أو قسم منهم عن أخطاء يرتكبونها أثناء ممارستهم لاعمالهم، عليه ومن خلال هذا المطلب سنرى مدى تحقق مسؤولية الأطباء والجراحين عن الأفعال التي يقوم بها غيرهم إذا كانت هذه الأفعال مخالفة للقانون والتعليمات والأنظمة الصادرة بشان تنظيم هذه المهنة هل تنعقد مسئوليتهم عنها أم لا؟ ولمعرفة الاجابة عن ذلك يتعين التطرق في الفقرة أولا: إلى الأساس القانوني لها ضمن مدار الآراء الفقهية المختلفة وكذلك موقف القضاء في تفسيره لاساس المسؤولية الجنائية عن فعل الغير القانوني ومن ثم في الفقرة ثانياً: سأتناول شروط هذه المسؤولية وما نؤيده من الآراء التي طرحت بصدد هذا الموضوع.

أولا:. الأساس القانوني للمسؤولية الجزائية عن فعل الغير

هناك خلافاً فقهياً وقضائياً حول الأساس القانوني لهذه المسؤولية لذا سأتناول الموقفين تباعا وحسب الاتي:

أ.الموقف الفقهي:

هناك أراء مختلفة لتفسير اساس المسؤولية الجنائية عن فعل الغير وهي :

١. فكرة الاشتراك

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الشخص المسؤول عن فعل الغير ما هو ألا شريك لهذا الغير، من ذلك يكون مدير المستشفى شريكاً في جريمة الجرح الذي ارتكبها الممرضين. وقد وجه لهذا الاتجاه انتقادا مفاده أن المسؤول ليس شريكا، لان مساهمته أصلية بينما مساهمة الشريك تبعية(١).

---

(١) د. مصطفى إبراهيم الزلمي- المرجع السابق- ص ١١٥ ومنهم من يرى ان أساس اشتراك العاقلة مع الجاني في دفع الدية هو التناصر والتضامن من ناحية وتخفيف ما الم بنفس القاتل من الم حيث اخطأ فقتل نفسا بغير حق ومن ناحية أخرى فلا يعدونها خروجا على مبدا شخصية المسؤولية الجنائية بل هي موالاة ومعاونة للجاني حتى لا يذهب به خطؤه. وهو يحقق ترضية لاهل القتيل وللقاتل. وذهب رأي أخر إلى ان تحميل الدية للعاقله هو الاستثناء الوحيد الذي يرد على مبدا شخصية المسؤولية في الشرع الإسلامي يراجع في ذلك د. محمد كمال الدين إمام – المرجع السابق- ص٣٤٠. أما القسامة فأنها تجب إذا لم يعرف القاتل وكان هناك لوث في هذا القتل أي شبهة أذن فهي لا تثبت بمجرد دعوى أولياء القتيل ان فلانا او جماعة ارتكبوا جريمة القتل بل لا بد مع ادعائهم وجود لوث أي الشبهة التي تسند أدعائهم للمزيد راجع د. عبد الكريم زيدان- نظام القضاء في الشريعة الإسلامية-ط١- مطبعة العاني- بغداد- ١٩٨٤ –ص٢٢٥ وما بعدها وكذلك ذهب إلى هذا الاستثناء عبد القادر عودة – المرجع السابق- ص٣٩٥ .

٢. فكرة التتابع في المسؤولية الجزائية عن فعل الغير:

تقوم هذه الفكرة على استبعاد فكرة الاشتراك وقواعده وتحصر المسؤولين في نظر القانون على ترتيبهم وفق نظام معين بحيث لا يسال شخص ما دام قد وجد غيره ممن قام بتقديمه القانون عليه في الترتيب[٢].

عليه فان فكرة التتابع هذه تقوم على أساس المسؤولية المفترضة فلا يجوز التوسع فيها [٣] . إذ أن القانون أوردها على سبيل الحصر.

٣. نظرية الفاعل المعنوي:

يرى أصحاب هذا الرأي أن هذه المسؤولية مبينة على أساس نظرية الفاعل المعنوي على اعتبار أن المسؤول عندما يقوم بدفع أخر لارتكاب الجريمة ويكون الأخير غير أهل أو حسن النية فهو يكون فاعلاً معنوياً للجريمة.

وقد لاقت هذه النظرية انتقاداً تضمن أن هذه النظرية تفرض دوماً أن يسخر إنسان غيره في ارتكاب فعل إجرامي مستفيداً من فقدان أهليته أو مستغلاً لحسن نيته في حين أن المسؤول عن فعل الغير قد لا يتحقق فيه ذلك، كما انه قد لا يصدر عنه نشاط أو سلوك يحمل الغير على إتيان الفعل الإجرامي فضلاً عنه فان الفاعل المعنوي هو المسؤول مباشرة لان الوسيط بمثابة آلة استخدمت لتنفيذ الفعل المجرم[٤] .

٤. فكرة ازدواج الجريمة:

يرى أصحاب هذا الاتجاه انه يوجد إلى جانب الجريمة التي يقترفها الغير جريمة أخرى سلبية يعاقب عليها المسؤول الذي يكون ملزماً بالعمل على تنفيذ أحكام القوانين واللوائح، فإذا وقعت جريمة بالمخالفة لهذه القوانين واللوائح. فقد تأكد انه أخل بالالتزامات الملقاة على عاتقه عليه تنعقد مسئوليته جنائياً إذ أن هذه المسؤولية لا ترتد إلى الفعل الذي وقع من الغير وإنما إلى مسلك شخص من جانب المالك أو المدير ويتمثل بالإخلال بهذه الالتزامات[٥] .

---

(١) هدى سالم محمد – المرجع السابق– ص٧٧ .

(٢) د. محمود عثمان الهمشري– المرجع السابق– ص١٤١ .

(٣) د. فخري عبد الرزاق الحديثي– القسم العام – المرجع السابق – ص٣٥٧ حيث يقصرها على الحالات التي يرد بشأنها نص صريح في القانون .

(٤) د. مصطفى إبراهيم الزلمي– المرجع السابق– ص١١٦– وللمزيد من التفصيل راجع د. محمود عثمان الهمشري– المرجع السابق – ص١٠٧ وما بعدها .

(٥) د. محمود عثمان الهمشري– المرجع السابق– ص١٤٤ .

وبإمعان النظر إلى هذه النظرية فانه يتبين قصورها عن بيان أساس وتفسير المسؤولية عن فعل الغير، إذ أن الكثير من الحالات التي يسأل فيها الشخص جنائيا عن فعل الغير لا يكون هناك سوى جريمة واحدة تندرج تحت نحص تجريمي واحد وهي جريمة المسؤول التي اقترفها بطريق سلبي ويعاقبه القانون على خطئه المتحقق من جانبه ما دامت إحدى نتائجه تحققت بسبب فعل الغير. وكذلك أن المسؤولية هنا هي مسؤولية عن فعل الغير وليس عن خطئه وبذلك تتسع للحالات التي لا يشكل فيها فعل الغير بحد ذاته جريمة يمكن معاقبته عليها[١].

٥. نظرية السلوك الخاطئ:

ذهب جانب من الفقه في تفسير هذه المسؤولية بإرجاعها إلى مسلك شخص مخالف للواجب المفروض قانونا وينص القانون على تجريمه وذلك بان يتولى الأشراف على نشاط شخص أخر ليحول دون وقوع النتيجة الإجرامية. فإذا لم يتولى الأشراف وقعد عنه ووقعت النتيجة المحظورة فان فعله يعد امتناع تنهض معها مسئوليته عن هذه الجريمة المتمثلة بركنها المادي (الامتناع) عن مراعاة الأحكام والقوانين. وركنها المعنوي يكون القصد الجرمي، إذا تعمد الإخلال بالواجب وتقع النتيجة لسبب سلوكه المشوب بالخطأ[٢]. أما إذا لم يتعمد الإخلال بهذا الالتزام (الخطأ غير العمدي) وكان نشاط الغير هو نشاطاً خاطئاً فتقوم مسئوليته أيضا على خطئه الشخصي[٣].

ب. الموقف القضائي:

هناك فكرتين أساسيتين طرحها القضاء في تفسير الأساس القانوني للمسؤولية الجنائية عن فعل الغير. هما فكرة النيابة القانونية وفكرة الخضوع الإرادي الأولى: تتمثل باتجاه القضاء الفرنسي الذي عد المباشر ممثلا للمسؤول، ولاقت هذه الفكرة انتقاد مفاده أن هذه الفكرة يمكن قبولها في القانون المدني، أما في مجال القانون الجنائي فلا يمكن قبولها لأنه لا يوجد شخص يمثل شخصاً أخر في ارتكاب الجريمة والمسؤولية عنها. أما الثانية: تذهب إلى إن كل من يتولى إدارة المشروع أو يباشر مهنة فهو يرتضي سلفا بالخضوع الى الالتزامات التي تفرضها القوانين والتي تتصل بنشاطه. وتبعا لذلك يتحمل كافة النتائج المترتبة على عدم الوفاء بهذه الالتزامات والإخلال بها. ومن بين هذه النتائج هي المسؤولية الجزائية عن هذا الإخلال. ألا انه لاقت فكرة الخضوع الإرادي انتقاد تضمن إنها تخلط بين اتجاد الإرادة إلى الفعل واتجاه هذه الإرادة إلى تحمل المسؤولية فالقانون يعترف بالأولى ويرتب العقاب عليها دون الاعتراف بالثانية [٤].

---

(١) هدى سالم محمد – المرجع السابق- ص٧٧- و د. محمود عثمان- المرجع السابق – ص١٤٧.

(٢) د. فخري عبد الرزاق الحديثي- القسم العام- المرجع السابق- ص٣٥٦ .

(٣) د. فخري عبد الرزاق الحديثي – القسم الخاص- المرجع السابق- ص١٨٧ وهدى سالم محمد- المرجع السابق ص٧٧.

(٤) هدى سالم محمد – المرجع السابق- ص ٧٨-٧٩.

ثانيا: شروط المسؤولية الجزائية عن فعل الغير

أورد الفقهاء شروط لهذه المسؤولية وهي.

١. وجود التزام قانوني بمنع النتيجة الإجرامية التي يعاقب عليها القانون، مما يعني انه لا يكفي لمسائلة الشخص بمجرد التزامه قانونا بأداء عمل معين بل يجب أن يكون ملزما في الوقت نفسه بمنع هذه النتيجة التي تمخض عنها امتناعه عن أداء ذلك العمل.
٢. استظهار الفعل الإرادي الإثم لدى الشخص المسؤول والذي يتحقق بالامتناع والمتعارض مع السلوك الذي تتطلبه القوانين.
٣. توافر علاقة السببية بين الفعل الإرادي الآثم (الامتناع) وبين النتيجة التي تحققت مباشرة بفعل الغير[١].

أذن فان القانون الجنائي عرف المسؤولية عن فعل الغير استثناءاً عن مبدأ شخصية المسؤولية. وكما بُيِّن فان مسؤولية الأولياء مثالا لها والتي وردت في قانون رعاية الأحداث، وان ما نؤيده في ذلك هو ان هذه الأحوال وردت في القانون على سبيل الحصر فلا يجوز التوسع فيها وهو ما ذهب إليه اغلب الفقهاء فهي تقتصر على الحالات التي يرد بشأنها نص صريح [٢] . كما انه لم نجد نصا يقيم مسؤولية الطبيب عن فعل مساعديه أو أي شخص من الفريق الطبي الذي يعمل صحبته. ذلك لان الإنسان لا يسال جنائياً عما يصيب الغير ألا إذا نسب إلى شخصه نوع من أنواع الخطأ الواردة في القانون[٣].

عليه فان الطبيب لا يسال جنائيا عن فعل يقوم به مساعده أو ممرضه ألا إذا أمكن أن ينسب إلى الطبيب نفسه خطا في إحدى صوره الواردة في القانون، وقد يسال في هذه الحالة الطبيب وحده دون أن ينسال مساعده إذا لم يكن أي منهم ألا منفذا لأوامر الطبيب أولا ولم يقع منهم خطأ. أما في حالة وقوع الخطأ من المساعد أو الممرض وحده بدون أي تدخل من الطبيب أو الجراح فان هذه الحالة لا ترتب أية مسؤولية جنائية على الطبيب، وإذا وقع الخطأ من كليهما في دائرة اختصاص كل منهم فيكونوا مسؤولين بحسب خطأ كل منهم، ومن تطبيقات القضاء الفرنسي لهذه القواعد حكم بان الممرض الذي ينفذ اوامر خاطئة للطبيب لا يرتكب خطا يسال عنه بل يسال

---

(١) د. محمود عثمان الهمشري- المرجع السابق – ص١٥٩ .

(٢) د. فخري عبد الرزاق الحديثي- القسم العام- المرجع السابق- ص٣٥٧ .

(٣) انظر المادة ١/٤١١ من قانون العقوبات العراقي.

الطبيب المخطىء وحده، كأن يأمر باجراء تدليك رسغ مكسورة لمريض دون ان يعنى بفحص حالته [1] .

ولكن يعد الطبيب مسؤولا اذا كلف شخصاً غير حائزاً على المؤهلات الطبية باجراء عمل طبي، كأن يعهد الى مطهر باجراء عملية ختان في الوقت الذي لم يتمم الاخير تعليمه[2].

وقد حكم بقيام مسؤولية الطبيب لانه عهد لممرض أعطاء البنج والذي أدى الى الوفاة بسبب نقص في خبرة الممرض الذي اعطى البنج ولقصور الطبيب في العناية التي بذلها. وكذلك قيام مسؤولية الطبيب عن قيام الممرض بوضع زجاجات الماء الساخن تحت اقدام المريض التي نشأ عنها حروق[3].

وعلى اية حال لا بد من القول بان أي فعل يجرمه القانون يسبقه جملة من الاجراءات والتي تبدأ بالعمل الافتتاحي للتحقيق وهي الشكوى وبدء اتخاذ الاجراءات القانونية بحق المتهم او المتهمين وما على قاضي التحقيق او المحقق الا ان يمارس دوره حسب ما هو مرسوم له قانوناً. وبعد اكتمال اجراءات التحقيق يتم اتخاذ القرار باحالة الاضبارة الى المحكمة الجزائية المختصة (محكمة الموضوع) والتي بدورها تتفحص الادلة وتناقشها وفق القانون لتقف بعد ذلك على حقيقة من هو المسؤول عن الجريمة لتتخذ القرار المناسب بشانها وتطبق المادة القانونية بحقه سواء أكان طبيباً أم أنه شخصاً عادياً. أو كان من الفريق الطبي المساعد للطبيب أو الجراح وكان الاخير مسؤول عن فعل غيره، الا اننا نؤيد الراي المتضمن ان المسؤولية عن فعل الغير مفترضة وجاءت على سبيل الحصر ولا يجوز التوسع بها كما بيّن.

المبحث الثاني

الاشكالات القانونية والاجتماعية

بمجرد اجراء عملية تغيير جنس الانسان على أي شخص ذكرا كان او انثى فان هناك اشكالات تترتب على ذلك وهي عديدة [4].

الا انه في مجال البحث وأطاره نورد ان المشرع حدد افعالا مجرمة في القانون الجنائي. ولدى امعان النظر في هذه الجرائم نجد ان القانون تطلب ان يكون احد طرفي الجريمة ذكرا او

---

[1] محكمة استئناف باريس في ٦ يونية ١٩٢٣ (دالوز ٢-٢-١٦٧) والمشار اليه في د. محمد فائق الجوهري- المرجع السابق- ص ٣٧- ٣٧٧ .

[2] د. محمد فائق الجوهري – المرجع السابق- ص٣٧٧ .

[3] هدى سالم محمد- المرجع السابق- ص٨٤ – هامش ٦و٨ .

[4] ومنها ما قد يترتب على اصلاح الحالة المدنية وكذلك الالتزامات الناشئة عن الزواج والطلاق والميراث والموقف من الخدمة العسكرية الالزامية والى غير ذلك من اشكالات تظهر بمجرد اجراء عملية تغيير جنس على أي من الذكر او الانثى .

انثى، عليه لنتصور الاشكالات التي يحدثها فعل تغيير الجنس في إطار هذه الجرائم اذا قام أحدهم بالاقدام على فعل كهذا، وكذلك الحال بالنسبة لقانون اصول المحاكمات الجزائية فقد وردت فيه نصوصا تتعلق باشتراط تقديم شكوى من المجني عليه، اذ يكون الامر هذا لازما لتحريكها بغية اتخاذ الاجراءات القانونية بحق مرتكب الفعل. وهناك جانب اخر لابد من بحثه هو الجانب الاجتماعي ومدى تاثير فعل التغيير على المجتمع في حالة انتشار مثل هذه الشذوذات. عليه ساتناول هذه المواضيع سبقا للاحداث حتى تجد معها مادة اولية يعتمد عليها في انتظار سن القانون الذي يمنع هذه الافعال صراحة ولاظهار مدى الحاجة الملحة لتدخل المشرع بغية الحد من هذه الافعال. عليه ساتناول ذلك بثلاثة مطالب: المطلب الاول للاشكالات القانونية الموضوعية والثاني للاشكالات القانونية الاجرائية ونفرد الاخير للاشكالات الاجتماعية لنبين من خلال عرضها مدى الاشكالات التي يثيرها فعل تغيير الجنس في اطار هذه الجوانب.

المطلب الاول
الإشكالات القانونية الموضوعية

عين الكتاب الثاني من قانون العقوبات العراقي الجرائم المضرة بالمصلحة العامة ومنها ما ورد في الباب التاسع منه المخصص للجرائم المخلة بالاخلاق والاداب العامة ، وقسمت هذه الفئة من الجرائم الى ثلاثة فصول وما يهمنا منها هي جرائم الاغتصاب واللواط وجرائم الفعل الفاضح المخل بالحياء وكذلك جريمة تعاطي البغاء الذي نظم احكامها قانون مكافحة البغاء لذا ساتناول هذه الجرائم تباعا.

الفرع الاول
جرائم الاغتصاب واللواط

يقرر قانون العقوبات انزال عقوبة السجن المؤبد او المؤقت بحق من يواقع انثى بغير رضاها او يرتكب فعل الملاوطة بذكر او انثى بغير رضاه او رضاها[1].

يلحظ من ذلك انه لتحقق هذه الجريمة يجب ان يتم الوقاع او الجماع اولا والذي يقصد به ادخال القضيب في الفرج كليا او جزئيا وتتحقق جريمة الاغتصاب ان صدرت من ذكر مدرك لفعله غير معتوه او مجنون[2].

وشروط المواقعة يجب ان تكون بصورتها غير الشرعية ، وايلاج الذكر يكون في شخص حي كمحل للجريمة سواء أكان ذكراً او أنثى ويستوي ان يكون الايلاج في الانثى من قبل او من دبر .

---

[1] انظر المادة ٣٩٣/١ من قانون العقوبات العراقي.

[2] د. وصفي محمد علي – المرجع السابق. ص٣٤٨.

ويلحظ عدم تحقق الفعل اذا كان الجاني غير قادر على الايلاج وان يكون جسم المجني عليها صالحا لذلك، مما يعني ان المتهم اذا كان غير قادر على ذلك بسبب صغره او عاهة مرضية فيه تمنعه من ذلك او كان المجني عليه صغيرا حتى لا يمكنه الايلاج فان الجريمة لا تتحقق[1]. وتتحقق هذه الجريمة بتوافر اركانها وهي المواقعة وانعدام الرضا والقصد الجنائي الذي يتوافر بمجرد علم الجاني بانه يواقع انثى بغير رضاها.

هنا وفيما يخص الحالة موضوعة البحث قد تثار اشكالات يستوجب معها الامر ايجاد الحلول، وهي ان يكون المجنى عليها انثى وان يكون الجاني ذكرا. فاذا افترضنا ان المجني عليها في هذه الجريمة كان أصلها ذكر وبعملية تغيير جنس سابقة جعلتها تبدو على هيئة وشكل الانثى، فاذا تعرضت هذه المخلوقة الى حادث اغتصاب وقام الجاني بايلاج قضيبه كلا او جزءا في المهبل الاصطناعي الذي كان نتيجة من نتائج العملية الجراحية. إذ ان الاطباء يستطيعون ايجاد ذلك العضو من بقايا كيس الصفن وجعله يتناسب وعضو التناسل الانثوي من حيث الشكل[2]. فهل تتحقق جريمة الاغتصاب بموجب النص اعلاه، اذا تم الفعل بالمجني عليها من قبل وبدون رضاها. وهل يعد ذلك قبل ؟ أي هل يعتبر مهبل كالذي يوجد لدى الاناث؟ على ان الايلاج يتم بادخال العضو التناسلي الذكري داخل عضو التناسل الانثوي. اعتقد انه لا يعد كذلك، ومن ناحية اخرى هل يعد العضو المصطنع هذا عضو من أعضاء الجسم[3]. ؟ ولاسيما اننا علمنا سابقا بان احد عناصر السلامة الجسدية لاعضاء الجسم هو ان يؤدي العضو وظيفته وفق قوانين تحددها الطبيعة وان لا يصيبها الاختلال وهو ما يؤدي بالعضو الى الانحراف عن السبيل المالوف الذي ترسمه القوانين الطبيعية [4]. فمن هذا الجانب فان العضو المصطنع هذا لا يعد من قبيل الاعضاء لانه يخالف قوانين الطبيعة وهو ايضا خروجا واضحا عن المالوف، صحيح ان ذلك يفي بالغرض اذا ما تحققت الشهوة وأرضى الجاني غريزته الجنسية. اما بالنسبة للمجني عليها فانه لا يحقق لها شيئا مما ذكر.

---

[1] سلمان بيات – القضاء الجنائي العراقي – ج٣ – شركة النشر والطباعة العراقية المحدودة – ١٩٤٩ ص٣٧٢.

[2] راجع الصفحة ١٨ من الرسالة .

[3] ويعرف العضو بانه يمثل أي جزء من الانسان سوءا كان متصلا ام انفصل عنه ويطلق الفقهاء والقانونين لفظ العضو ويريدون به مختلف انسجة الجسم راجع في ذلك عارف علي عارف – المرجع السابق – ص١١. وكذلك انظر تفصيلا المحامي هيثم حامد المصاروة – التنظيم القانوني لعمليات زرع الاعضاء البشرية – ط١– دار المناهج للنشر والتوزيع– عمان الاردن ٢٠٠٠–ص ٢٠ وما بعدها.

[4] د. محمود نجيب حسني – المرجع السابق – ص٤٢٩.

اما اذا حدث العكس فكان الجاني في هذه الجريمة اصله أنثـــى ، هنـــا ان اسـتطاع هـــذا المخلوق إن يرتكب الفعل بايلاج قضيبه المصطنع [1]. في عضو التناسل الانثوي للمجني عليهـــا على الرغم منها فان هذا الفعل يحقق اركان الجريمة .

الفرع الثاني

جريمة الفعل الفاضح المخل بالحياء وتعاطي البغاء

الفعل الفاضح سلوك يأتيه المتهم يخل بحياء من تلمسه حواسه وعلة تجريمه كونه عـــدوان على الحرية الجنسية في معناها الشامل. وعندما تكون المجني عليها قد اكرهت على معاناة فعل له دلالة جنسية أذا أرتكب ضد أنثى، فيو بذلك يستهدف النقاء الاخلاقي في الاماكن العامة وحمايـــة الشعور العام بالحياء. فضلاً عن إن التجريم هذا يتضمن حماية حماية القيم الاخلاقية الجنسية في المجتمع وصيانة هذه القيم لها اهمية كبيرة في كل مجتمع متحضر. فتجريم هذه الافعال يؤدي الى استقرار الامن في المجتمع اذ يخشى ان يستثار من يشهدون هذا الافعال ويؤدي هذا الامر الى ان يندفع هؤلاء الى الانتقام ممن اقترفه[2].

لذلك قرر المشرع العراقي انزال عقوبة الحبس بحق كل من تعرض لانثى في محل عام باقوال او افعال او اشارات على وجه يخدش حياءها[3].

يلحظ من النص انه لا عبرة لجنس الجاني فان الفعل المخل بالحياء ممكن ان يرتكب علانية في المحال العامة من قبل ذكر او انثى حيث لم يشترط القانون في الجاني جنس معين عكس مـــا تطلبه القانون في هذا النص من ان تكون المجني عليها انثى.

عليه هنا وفي مجال البحث اذا كانت المجني عليها انثى في الظاهر أي كان اصـــلها ذكـــر وبعملية تغيير جنس اصبحت على هيئة الانثى وتم ارتكاب الفعل المنصوص عليه بحقهـــا. فـــان الحكم ولاشك يؤدي الى اختلال شرط تطلبه القانون في هذه الجريمة مما يؤدي الى عدم قيامها، الا ان ذلك لا يمنع من عقاب الجاني عن جريمة اخرى اذا ما تحقق بفعله توافر اركان جريمة اخرى.

اما بالنسبة للجاني فغني عن البيان ان جنسه لا يؤثر في قيام الجريمة اذ تطلـــب القـــانون الانوثة في طرف المجني عليها وليس الجاني مما يعني قيام الجريمة بحق الجاني ذكـــرا كـــان او انثى حسب ظاهر النص، عليه فانه يسال عن جريمته ولا اثر بهذه الحالة على تغير جنسه.

---

[1] القضيب الاصطناعي الذي يصنعه الاطباء في حالة الانثى التي تروم تغيير جنسها الى ذكر يمكنه الانتصاب على حـــد قولهم بواسطة تيار كهربائي من بطارية مزروعة في الجسم عند الحاجة ، راجع في ذلك تفصيلا الدكتور محمـــد علـــي البار المرجع السابق – ص١ .

[2] د. محمود نجيب حسني – المرجع السابق – ص ٥٧٥.

[3] انظر المادة ٤٠٢/١/ب من قانون العقوبات العراقي .

الا ان الملاحظ في هذا المجال، فانه حال تنفيذ العقوبة بحق هذا المتهم (المغير لجنسه) فأين يتم ايداعه، هل في دائرة اصلاح الكبار المخصصة للذكور ام تلــك المخصصــة للانــاث، اذ ان القانون لم يتطرق لذلك.

اما الفقهاء المسلمون فقد اوردوا حلا لذلك فانهم كانوا يودعون الخنثى مثلا الذي لا يعرف عنه اذكر هو ام انثى في سجن منفرد أي انه لا يسجن مع الذكور ولا مع الاناث [1]. فمــن بــاب اولى تطبيق ذلك على المغير لجنسه.

اذن يتطلب القانون في هذه الجريمة ان يأتي الجاني فعلاً مادياً مخلاً بالحيــاء وصــوره حسب النص افعال او اشارات وان يكون المكان هو المحل العام وان يتمخض عن الفعــل خــدش بحياء المجني عليها.

اما فيما يخص الاحكام في المواد القانونية الواردة في قانون العقوبات والخاصــة بالفعــل الفاضح المخل بالحياء[2]. فانها لا تتطلب ان يكون المجني عليها انثى كما في النص المتقدم ذكره فلا يؤثر على قيام الجريمة كون ان المجني عليه ذكرا او انثى او ارتكب الفعل الفاضح من قبــل ذكر كان او انثى فيما اذا توافرت في الفعل اركان الجريمة لتحقق المسؤولية عنها.

وكذلك الامر بالنسبة لتعاطي البغاء فقد اورد قانون مكافحة البغاء العراقي[3]. نصــا فــي المادة الرابعة منه يتم بموجبه معاقبة البغي التي يثبت تعاطيها البغاء وذلك بايــداعها احــدى دور الاصلاح المعدة لتوجيه وتاهيل النساء مدة لا تقل عن ثلاثة اشهر ولا تزيد على سنتين.

يلحظ من ظاهر النص ان العقوبة المنصوص عليها يتم انزالها بحق البغي والتي يتطلــب القانون ان يكون جنسها انثى على ان يتم اثبات تعاطيها البغاء[4]. فاذا اكتشف من يتعاطى البغــاء في الجريمة المعروضة امام المحكمة هو في الاصل ذكر فان ذلك يؤدي الى اختلال بشروط انزال العقوبة وبالتالي عدم قيام الجريمة ضمن اطار النص مما يؤدي الى تغيير وصف الجريمة وبالتالي لا يمنع ذلك من قيام جريمة اخرى بحق البغي بحسب ما يتوافر اركان وشروط جريمة اخرى.

---

[1] د. الشهابي ابراهيم الشرقاوي – المرجع السابق – ص٥٥١.

[2] انظر المواد ٤٠٠ ، ٤٠١ ، ٤٠٢ /١/أ من قانون العقوبات العراقي

[3] قانون مكافحة البغاء ذي الرقم ٨ لسنة ١٩٨٨ الصادر بتاريخ ١٩٨٨/١/١١.

[4] البغاء : هو تعاطي الزنا او اللواطة باجر مع اكثر من شخص– الشق الاول من المادة الاولى من قانون مكافحة البغــاء المشار اليه انفا .

المطلب الثاني
الإشكالات القانونية الإجرائية

هناك من الدعاوى الجزائية نص عليها قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي[1]. مقررا انه يلزم لتحريكها بغية اتخاذ الاجراءات القانونية بحق المشكو منه تقديم شكوى من المجني عليه، وفي احكامه ايضا نصوصا تنظم احكام تفتيش الانثى ولغرض بيان مدى اثر فعل تغيير الجنس على هذه الدعاوى استوجب الامر بحثها في هذا المطلب ومن خلال الفرعين المستقلين التالية.

الفرع الاول
بعض الدعاوى الجزائية التي لا يجوز تحريكها الا بناء على شكوى من المجني عليه

جاءت المادة الثالثة من قانون اصول المحاكمات الجزائية متضمنة فقرتين الاولى عينت وعدت في سبعة نقاط الجرائم التي لا يجوز تحريك الدعوى الجزائية فيها الا بناءً على شكوى من المجني عليه او من يقوم مقامه قانونا[2].

وما يخصنا في مجال البحث هو جريمة زنا الزوجية [3]. والتي يعرفها الفقهاء بانها اتصال شخص متزوج – رجلا او امراة – اتصالا جنسيا بغير زوجه، وهي ترتكبها الزوجة مع غير زوجها ويرتكبها الزوج مع غير زوجته اذا تحقق الاتصال الجنسي بينهما ويشترط ان يكون الفاعل هو زوج احدهما. اما الاخر فهو الشريك فيها وهو ما يؤدي الى الاخلال بالاخلاص الزوجي. وعلة التجريم جاءت لحماية الحقوق الزوجية لإهم الالتزامات التي يتضمنها الزواج كنظام اجتماعي وقانوني[4].

اذن حصر المشرع العراقي حق تقديم الشكوى في جريمة زنا الزوجية ضد الزوج (الزوج او الزوجة) الزاني من قبل زوجه أي من قبل الزوج الشاكي. ويشترط لقبولها ان تكون هناك رابطة زوجية صحيحة. وان لا يتم اثبات ان ارتكاب جريمة الزنا قد تم برضاء الشاكي[5]. وان لا تسقط الشكوى بمضي المدة[6].

---

(1) قانون اصول المحاكمات الجزائية ذي الرقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ وتعديلاته.

(2) تحريك الدعوى الجزائية – يقصد به البدء بتسييرها امام جهات التحقيق وهو اول اجراءات استعمالها امام تلك الجهات – وعرفت ايضا بانها العمل الافتتاحي للخصومة الجنائية والاداة المحركة لها الذي يولي الدعوى لجهات التحقيق والحكم – اما الدعوى فانها الوسيلة التي يلجا اليها المجتمع لمحاسبة الجاني الذي عرض المجتمع للخطر وعكر امنه وسلامته – انظر في ذلك تفصيلا د. سعيد حسب الله – شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية – دار الحكمة للطباعة والنشر الموصل – ١٩٩٠ ص٤٥–٤٦.

(3) انظر المادة الثالثة – الفقرة ١ من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي وتعديلاته.

(4) د. محمود نجيب حسني – المرجع السابق – ص ٥٩٤.

(5) د. سامي النصراوي – دراسة في اصول المحاكمات الجزائية – الجزء الاول – مطبعة دار السلام – بغداد – ١٩٧٦ ،ص١٠١ و ١٠٢.

(6) انظر المادة ٣٧٨ /أ من قانون العقوبات العراقي.

عليه اذا ارتكبت جريمة الزنا من قبل الزوجة وطلب الشكوى ضدها زوجها الداخل بها شرعا وقانونا بموجب عقد زواج صحيح، فهل لها الحق ان تدفع ببطلان الشكوى لان اصلها ذكر وقامت بتغير جنسها الى انثى؟ القانون لم يعط حلا لذلك في الوقت الذي تطلب فيه القانون قيام الزوجية حال ارتكاب الجريمة، اذ نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٧٨ من قانون العقوبات العراقي بانه (يقصد بالزوج) في حكم هذه المادة من تتوافر فيه هذه الصفة وقت وقوع الجريمة ولو زالت عنه بعد ذلك ويبقى حق الزوج في تحريك دعوى الزنا الذي ارتكبته زوجته الى انتهاء اربعة اشهر بعد طلاقها. وكل ما على المحكمة ان تتحقق من صحة عقد الزواج فان قضي انه صحيح فلا تاثير على الشكوى واتخاذ الاجراءات القانونية بحق الزوجة وشريكها الزاني.

الا ان هذا يخالف ما موجود في مصر كون الزواج السابق للمثبت جنسيا على عكس ظاهره يكون باطلا بطلانا مطلقا أي انه لم يثبت له صفة الزوجية له او لزوجه على الاطلاق لان الزواج هذا يعد غير منعقد من الاصل أي ان الزوجية لم تكن قائمة. هذا فيما يخص المثبت جنسيا على عكس ظاهره (الخنثى). إذ ان القانون تطلب قيام الزوجية وقت تقديم الشكوى وهو شرط لقبولها والزوجية لم تكن قائمة وقت الشكوى ولا قبلها[١]. فمن باب اولى ان يكون الامر كذلك بالنسبة للمغير لجنسه مما يعني بطلان الشكوى فهي لم تقع صحيحة يستوجب معها الامر ابطال جميع الاجراءات المترتبة عليها سواء أكانت المتهمة هي الزوجة او كان الزوج هو المتهم بالزنا، ونامل ان ياخذ المشرع العراقي بهذا الحل منعا لاقدام ذوي النفوس الشاذة على مثل هذه الافعال.

الفرع الثاني
تفتيش الانثى

للتفتيش معنى عام يمثل الاطلاع على محل منحه القانون حرمة خاصة باعتباره مستودع سر صاحبه لضبط ما عسى ان يوجد به، مما يفيد في كشف الحقيقة.

لكن ما نحن بصدده هو التفتيش التحقيقي الذي يتضمن اجراء القيام بعمل معين من اجل الحصول على ادلة الجريمة تمهيداً لممارسة حق المجتمع في العقاب وهو كعمل اجرائي واقعة قانونية يرتب عليها القانون اثرا اجرائيا وهو من الاعمال القضائية اللاحقة للتحقيق والمعاصرة له، اذن هو من اجراءات التحقيق[٢].

اما تفتيش الانثى، فهو اجراء قضائي تخضع له الانثى في جسمها او في ملابسها لذا وجب قانونا ان يتم ذلك بمعرفة انثى تندب لهذا الغرض حتى لا يمس حياؤها كون الاطلاع على اجزاء

---

(١) د. الشهابي ابراهيم الشرقاوي – المرجع السابق – ص٥٥٥.

(٢) د. صالح عبد الزهرة الحسون – احكام التفتيش واثاره في القانون العراقي دراسة مقارنة – ط١ – مطبعة الاديب البغدادية ١٩٧٩ – ص ٣٦ وللمزيد راجع د. سامي النصراوي – المرجع السابق – ص٤٢٧ وما بعدها .

جسمها يعتبر مسا لحياء الانثى، اما تفتيش ما في يدها او ما تحمله معها من اشياء فهو جائز القيام به من قبل مفتش ذكر[1].

لذلك جاء بنص القانون انه اذا كان المراد تفتيشه انثى فلا يجوز تفتيشها الا بواسطة انثى يندبها لذلك القائم بالتفتيش بعد تدوين هويتها في المحضر[2].

عليه فان التفتيش يعد استثناء من القاعدة التي تقضي بعدم المساس بحريات الناس وحرمة المساكن[3]. وهو ما اكدت عليه الشريعة الاسلامية حيث جاء بقوله تعالى"يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَدْخُلُوا بُيُوتاً غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّىٰ تَسْتَأْنِسُوا وَتُسَلِّمُوا عَلَىٰ أَهْلِهَا"[4].

واذا أعترض على اجراءات التفتيش فيقدم هذا الاعتراض الى قاضي التحقيق وعليه ان يفصل في هذه الاعتراضات على وجه السرعة[5]. عليه فان قاعدة تفتيش الانثى تمليها ضرورة حماية الاداب العامة، إذ ان النص عليها قانونا ينبع من متطلبات الحفاظ على الخلق والحياء لذا فان مخالفتها تعد جريمة معاقبا عليها، ذلك لان التفتيش للانثى من قبل الرجل يتيح الاطلاع على مواضع تعد من عورات المراة التي تخدش حياؤها اذا مست من قبل رجل، اما ان كان الامر يتم بمعرفة امراة اخرى فانه لا يسبب لها هذا الخدش في حيائها لذلك منع القانون القائم بالتفتيش ان كان ذكرا من الاطلاع على هذه المواضع في جسم المراة[6].

اما حالة التفتيش ومدى اثر تغيير الجنس عليها، فان هناك فرضين هما : قد يتم التفتيش من قبل انثى في الظاهر واصلها ذكر واما ان يكون التفتيش واقعاً عليها من قبل انثى انتدبت لذلك عملا بنص القانون لكونه ضمن صلاحية القائم بالتحقيق.

---

(1) د. حسن الجوخدار – شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية –ط1– دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان – الاردن ، 1992 –ص374.

(2) انظر المادة 80 من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي– وكذلك القانون الاردني المادة 2/86 منه والسوري المادة 64منه.

(3) عبد الامير العكيلي وسليم حربه – شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية – الجزء الاول – شركة اياد للطباعة الفنية – 1988 ص 129.

(4) سورة النور، الاية 27.

(5) انظر المادة 86 من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي كذلك انظر د. عباس الحسني– شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية الجديد – المجلد الاول – مطبعة الارشاد – بغداد – 1971 ص180.

(6) د. صالح عبد الزهرة الحسون – المرجع السابق – ص290.

نورد فيما يخص الفرض الاول، اذا تم اتخاذ قرار من قبل قاضي التحقيق يتضمن تفتيش انثى ما، وهو يمارس عمله بالتحقيق في جريمة معروضة عليه للتحقيق فيها وجمع الادلة بشأنها. وكان من بين افراد عائلة هذه الانثى- شخصا اصله ذكر وهو على هيئة الانثى- وتربطه وأياها صلة قربى ولو كانت من درجة بعيدة او من اهالي المنطقة او الجيران وتطوع هذا الشخص لتفتيشها، ففي حقيقة الامر فان القائم بالتحقيق لا سبيل امامه سوى ظاهر هذا المخلوق ليحكم عليه بانه انثى، اذ ان حقيقة نوع الشخص (المتطوع للتفتيش). وحفاظاً على عدم خدش حياء المطلوب تفتيشها تحتم على القائم بالتفتيش الموافقة عليه، اذ لم يسوغ له القانون القيام بذلك بنفسه والموافقة هذه على سبيل الافتراض لامناص منها وفي ذات الوقت لا مناص من الاعتداد بظاهره. خصوصا ان كان هذا الشخص قد حصل بطريقة او بأخرى على هوية تثبت انوثته حتى لا تثار الشبهة حولها، اذن بالنتيجة هذا الشخص انتدب للتفتيش بموافقة القائم بالتحقيق، خصوصا ان ما تتميز به اجراءات التحقيق هو السرعة بالاجراءات لتفويت الفرصة على المهتم ولعدم تمكينه من القيام باخفاء ادلة الجريمة.

عليه فان القول بذلك يفتح الباب امام المتهمين للتحايل وبالتالي تضليل القضاء وعدم تمكينه من اداء واجبه وبالتالي ضياع ادلة الجريمة وعدم التوصل الى ما هو مؤديا الى ادلة الاحالة او الادانة التي على الجهات التحقيقية جمعها لغرض اتخاذ قرار الاحالة من عدمه عند عدم توافر ادلة كافية للاحالة عملا بنص القانون والحال نفسه في الفرض الثاني فأذا تم بواسطة انثى تندب لذلك فايضا يفتح الباب امام التحايل اذا افترضنا نفس الحالة السابقة.

المطلب الثالث

الإشكالات الإجتماعية

يمثل هذا الجانب ومن خلال ما تم عرضه ضمن مجريات البحث مدى الحاجة الملحة لتدخل المشرع لتقنين هذا الموضوع ووضع حدودا مانعة له ومجرمه لمن يقوم باجراءه نزولا عند رغبات هؤلاء الاشخاص الشاذين في تفكيرهم وتصرفاتهم. خصوصا في المجتمعات التي تدين بالأسلام ومنها مجتمعنا. والمقصود هنا الناحية الجنائية ذلك لان هناك تشعبا خطيرا لاثاره المترتبة على الجانبين الموضوعي والاجرائي كما بيّن وكذلك جانبه الاجتماعي هذا، ناهيك عن النواحي الشرعية تلك التي يثار معها الكثير من الاشكالات في جانبها المدني، على الرغم من انها لم تصل الى حدّ الشيوع الا ان المشرع الجنائي يتطلب الامر منه التدخل لحماية المجتمع.

فضلاً عنه فان القانون لا يهدف الى المحافظة على كيان المجتمع فقط بل ان عليه واجبا يسعى من خلاله العمل على نحو يجعل من هذا المجتمع متقدما ومتواكبا مع حضاراتنا الاسلامية وموروثها الانساني، وهذا الطرح يقتضي ان تتجه السياسة التشريعية الى تجريم مثل هذه الافعال

التي تقف حائلا دون تحقيق التطور الذي تسعى اليه هذه المجتمعات ، فضلا عن ان تجريم هـذه الافعال هو منع الانتشار مثل هذه الشذوذات.

وان المشكلة التي تواجه المجتمعات اليوم هي تبدل القيم الاخلاقية فيها وان هـذه الافعـال تؤدي الى التشجيع على اقامة العلاقات الجنسية المحرمة.

وهذه العلاقات تؤدي بدورها الى ازدياد حاد وملحوظ بالامراض الناتجـة عـن الاباحيـة الجنسية حتى ان هناك الكثير منهم يدعون الى الاختلاط بين الجنسين والنظر الى مواضع الفتنـة بحجة ان ذلك يروح عن النفس ويقي من الكبت ويخلص من العقد النفسية وحدة الضغط الجنسـي. وقد ثبت انها نظريات خاطئة اثبت خطئها الواقع لان المجتمع الذي ابتعد عن الاخلاق العالية ولـم يتقيد بقيد الدين او الاخلاق او لم يعر للجانب الانساني اهمية ولم تتهذب فيه الدوافع الجنسية انتهى الامر به للغرق في ازدياد مضطرب في الشذوذ الجنسي والامراض المستشرية التي لا يقف عندها حد[1].

ثم ان ذلك يؤدي الى تهميش القيم والاخلاقيات التي يقرها المجتمع الاسلامي هذا وان فعل تغيير الجنس له تاثير على المجتمع من جانب رئيس يتمثل في اضرار الفعل الخلقية وتاثيرها على الاسوياء.

إذ اننا لو تحرينا واقعنا منصفين لوجدنا ان جميع ما حل بالمجتمع من تاخر للنهوض ومن تدهور وانحطاط وتحلل خلقي تعود كلها الى الانحراف الجنسي. ولوجدنا ان العامل الرئيس هـو تفشي التخنث والتميع والتلين الذي يتصف به شباب مجتمعاتنا اليوم وما هذه التصرفات البعيدة عن الحياء الذي اصيب بها الشباب المسلم الا مثالا عليها والتي لا تقف عند حد، بل انها خرجت عـن المالوف حتى انها دخلت اغلب البيوت بواسطة وسائل الاعلام المرئية. ليتعلم من خلالها الشـاب كيف يضاجع وكيف يتبادل القبلات وكيف يستلقي مع من يحب كل ذلك تحت شعار نشر الثقافـة. والافلام الماجنه ما هي الا دالة على ذلك والتي دخلت على مجتمعاتنا المليئة بالمغريات وما الـى غير ذلك من الموبقات[2]. كله يعود الى تاثيرانواع الشذوذ هذه ومنها الحالة موضـوعة البحـث، عندما يجرؤ شخص ان يعبث بما فطر عليه من خلقة سوية ارتضى الله تعالى ان يكون بني البشر عليها حيث قال تعالى (لَقَدْ خَلَقْنَا الإِنسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ)[3]. والتي فسرها المفسرون بان خلقه الانسان كان في جنس اعدل قامة واحسن صورة مكملا بالعقل والمعرفة متصفاً بالحيـاة والعلـم والارادة والقدرة والتدبير والحكمة اما معنى التقويم فهو التثقيف والتعديل[4].

---

[1] ابراهيم النعمة – اخلاقنا او الدمار – ط ٣ – شركة مطبعة الزهراء الحديثة المحدودة – ١٩٨٦ ص٣٩.

[2] د. عبد الملك عبد الرحمن السعدي – المرجع السابق – القسم الاول –ص٣٨٩.

[3] سورة التين / الاية ٣.

[4] حسنين محمد مخلف – المرجع السابق – ص٨١٣ .

كل هذه المعاني السامية التي ارادها سبحانه وتعالى لبني البشر نبتعد عنها كـل البعـد اذا فتحنا الباب امام مثل هذه الافعال تدخل مجتمعاتنا، بل وانها ستكون ذات نتائج سلبية بتاثيرها فـي حالة تفشيها على الاسوياء من افراد المجتمع للانخراط الى هذه الملذات وورائها.

هنا ومنعا للتفشي وحماية لمصالح المجتمع في الحفاظ على قيمه واخلاقياته تنبع الضرورة الملحة لتدخل المشرع والنص عليها باعتبارها جريمة معاقبا عليها.

حتى ان مبدأ لا جريمة ولا عقوبة بغير نص له اهمية كبيرة. فهو يفرض علـى المشـرع تحديد أركان كل جريمة وتعيين عقوبة لمرتكبها بدقة ووضوح فيرسم بالنص عليها الحدود الفاصلة بين انماط السلوك غير المشروع وبين ما عداه، مما يكون مؤهلا للافراد فـي المجتمـع انتهـاج السلوك المشروع وتجنب السلوك غير المشروع. وهو الوقت نفسه ضمانه لحماية حرية وحقـوق الافراد من تحكم القضاء في تجريم سلوك غير منصوص عليه وفرض عقوبة لـم يـنص عليهـا القانون، فهو بذلك يضفي الشرعية على العقوبة مما يجعلها مقبولة كونها مفروضة بحكم القـانون الذي يرمي المشرع من وراء النص عليها تحقيق المصلحة العامة[1].

والمصلحة العامة للمجتمع هو ان يحتفظ بكل مقومات اخلاقه وتراثه الانساني لكي يواكـب التطورات بخطواتها السريعة نحو الرقي والتقدم والازدهار.

وان الاسلام يقر بكل الوظائف الاجتماعية للعقاب الذي يعده جزاء عـادل علـى اقتـراف الإنحراف ويحقق وظائف الردع العام، اذ يرسخ امام افراد المجتمع فكرة ان ينـالهم العقـاب اذا اقدموا على الانحراف مما يجعل العقلاء لا يقدموا عليه، وهو يحقق التماسـك الجمـاعي ايضـا والدفاع عن الاسس البنائية للمجتمع الاسلامي التي تتمثل في النظم والقيم والفضائل واشباع الشعور بالأمن ونشر العدل بين الناس وفوق هذا وذاك فهو تطبيق لاوامر الله تعالى[2].

ورفض مثل هذه العمليات وتحريم الاقدام عليها، والاشمئزاز منها كان حصيلة ممـن تـم اعلامهم من قبلي عن الحالة وسؤالي لهم عن رايهم بهذا الخصـوص الكـل اجـابوا باسـتغراب واستهجان لمن يقدم على مثل هذا الفعل وما يقوم به الاطباء من وضعهم اطراً لمثل هذه الجراحات المشبوهة وغير الاخلاقية.

من كل ذلك نطلب السبق للمشرع لمنع هذه الافعال وبالتالي خلق قيم اخلاقية تكون على مر الزمن شعور اجتماعي بالطمأنينة على تصرفات افراد المجتمع بان تكون سـوية ومتوافقـة مـع

---

[1] د. اكرم نشأت – السياسة الجنائية – دراسة مقارنة – المرجع السابق – ص٤١ .

[2] د. نبيل السمالوطي – علم اجتماع العقاب – الجزء الاول – دار الشروق للنشر والتوزيع والطباعة بدون سنة طبـع – ص١١٨ .

الخاتمة

بعد ان تم بعون الله تعالى الانتهاء من دراسة عملية تغيير جنس الانسان ضمن اطار القانون الجنائي والشريعة الاسلامية، فأنه يجدر ان نختتمها باهم النتائج والتوصيات والتي يمكن اجمالها على النحو الاتي:

- النتائج -

اولا: المقصود بتغيير الجنس هو التغيير الظاهري الذي يحصل عليه بموجب تداخل جراحي يجعل من الشخص محل التغيير على هيئة وشكل الجنس المعاكس لجنسه ويأتي تلبية لرغبة غير مبررة لهؤلاء الافراد العاديين في تكوينهم الفسيولوجي، في الوقت الذي يشكل هذا الفعل اعتداء على السلامة الجسدية الذي لا مبرر له من الناحية الطبية ويعد كذلك تجاهلا من الاطباء للتركيب البايولوجي لهؤلاء الاشخاص.

ومن هنا أكّد ضمن مجريات الدراسة على التغيير الظاهري لتعريفه من هذه الجهة ومنعا لاختلاطه بالجراحات الاخرى ودواعيها الطبية كجراحة تصحيح الجنس التي تجرى لمرضى اضطراب الهوية الجنسية وجراحة تثبيت الجنس الظاهر واظهار الجنس الغالب للاعضاء المغمورة للخناثى من جهة اخرى.

ثانيا: ان ما يجرى للشخص محل التغيير هو طمس المعالم الجنسية للاعضاء التناسلية دونما اكتساب للصفات الجنسية الحقيقية للجنس الاخر، حيث يكون التغيير ظاهري فقط وان جوهر التركيب الكروموسومي والهرموني يبقى على ما هو عليه جنسه.

ثالثا: حرمة هذه العمليات المشبوهة لما تتضمنها من احداث اشياء غير موجودة اصلا. وخوضها في اشياء محرمة بعيدة عن الفطرة السوية. فضلا عن النص القراني والاحاديث النبوية الواردة بهذا الشان وما قرره علماء الدين من حرمة بدلالة النصوص هذه والتي تم عرضها.

رابعا: عدم وجود دواع طبية او علاجية كما بُيّن ومن خلال وجهة النظر العلمية ومن خلال الرجوع الى المؤلفات الطبية والتي تحدد المسارات العلاجية لهذه الامراض والتي لم يكن من بينها التداخل الجراحي مما يسوغ لنا القول بموجب ذلك ان الدواعي الطبية غير متوافرة.

خامسا: ان تجاهل النظر بعين الاعتبار الى هذه الافعال بغية الحد منها يعد تشجيعا لها الامر الذي يؤدي الى انتشارها ومن ثم انتشار الامراض معها انتشارا مفزعاً لا يحمد عقابها.

سادسا: اكثر المعايير دقة هو المعيار البايولوجي لما له من اساليب متطورة تتبع في اجراءاته التشخيصية من جهة وتحديده لجنس الانسان وفق تركيبه البايولوجي من جهة اخرى وان ذلك لا يغني عن الاعتماد على المعايير الاخرى فيكون الانجع الاعتماد عليها جميعا.

سابعا: توصلنا من خلال المقارنة الجارية والشرح المتقدم ان هناك اختلافا واضحا بين حالات الشذوذ الجنسي واضطراب الهوية الجنسية والخنثى وبعض الشذواذات العضوية الاخرى وحالة تغيير جنس الانسان، لكن هذا لا يقدح القول معه ان من يطلب التغيير غير شاذ، فشذوذه هنا يكون فكري لذلك اقتضى امر علاجه بالتقويم النفسي لجعله يتلائم مع الوضع الطبيعي للانسان السوي.

ثامنا: من خلال العرض توصلنا الى ضعف الحجج التي على اساسها أبيح فعل تغيير الجنس في الدول صاحبة القوانين التي نظمت هذا الفعل صراحة وكذلك القوانين التي استندت في اباحة فعل التغيير الى اباحة الاخصاء والعقم وكذلك تفنيد أراء الذين اباحوا فعل التغيير باسناده الى القواعد العامة في أباحة اعمال الجراحة والعلاج والتي اقتضى مناقشتها لهذا السبب ضمن المطلب الخاص بالقوانين التي لم تنظم عمليات تغيير الجنس وانما تم اقرارها من قبل الفقهاء وقرارات المحاكم التي قضت بمشروعيتها بالرغم من عدم وجود نصوص فيها.

تاسعا: حماية جسد الانسان شرعا وقانونا.

أ. تقرر شريعتنا الغراء وفقهاؤها الاجلاء حماية جسد الانسان وأعضائه في مواجهة الغير ومواجهة الشخص نفسه عبر وسائل متعددة كالقصاص والدية وضمن نطاق واسع يشمل الاعضاء الجسدية الظاهرة والباطنة وفعل الاعتداء على الاعضاء الجسدية يعد من قبيل جناية ما دون النفس ولا يخول صاحبها اباحة الاعتداء على حقه في السلامة الجسدية وذلك لان هذا الحق يعد من الحقوق المشتركة بين العبد وربه.

ب. وكذلك الامر بالنسبة للقانون الجنائي فان المشرع يضفي الحماية الجنائية على الاعضاء جميعا وذلك بايراده النصوص القانونية التي تحرم الاعتداء على السلامة الجسدية والتي لم تعتدّ بالرضا سبباً مبحياً لهذا الاعتداء بل والاكثر من ذلك فان قسم منها يحرم الاعتداء الواقع من ذات الشخص كما هو الحال في قانون العقوبات العسكري العراقي.

عليه فان القانون يقرر هذه الحماية تلبية لرغبة المشرع في ان يبقى مجموع الافراد كلا مؤديا لدوره في البناء والتطور.

عاشرا: ان فعل تغيير جنس الانسان يندرج واحكام الجرائم العمدية ذلك لان الفاعل عندما يقدم على هذا الفعل يكون مريدا له وان ارادته اتجهت الى احداث النتيجة التي تمخضت عن الفعل كاثر مترتب لها مع توافر العلاقة السببية بين الفعل والنتيجة، واتجاه ارادته يمثل قصده الجنائي المتوافر بعنصريه العلم والارادة.

ذلك لان للانسان على جسده واعضائه حقا يتمثل باحدى القيم التي تشكل مقومات شخصيته والتي بينا ضمن مجريات الموضوع انها تدخل ضمن طائفة الحقوق الملازمة للشخصية والتي لا تبيح لايا كان الاعتداء عليها، وان ما يقوم به الطبيب يعد اعتداءً على هذا الحق مسببا بفعله هذا تشويها في الاعضاء الجنسية للشخص محل التغيير وبالتالي احداثاً من قبله لجريمة العاهة المستديمة، أي ان فعل الطبيب يأخذ وصف جناية او جنحه حسب النتائج الناجمة عن فعل الايذاء المقصود هذا من جهة ومن جهة اخرى فهو يعد من قبيل الجراحات غير المصرح بأجرائها طبياً وجراحياً.

التوصيات

اولا: نقترح تنظيم قواعد قانونية خاصة بعمليات تغيير جنس الانسان.

ثانيا: في قانون العقوبات، يا حبذا لو ان المشرع الجنائي حدا حدو تجريم الافعال الخاصة بالايذاء الواقع على النفس من الشخص نفسه او بواسطة الغير بغية التخلص من اداء الواجب الوطني في خدمة العلم الواردة في قانون العقوبات العسكري.

عليه اقترح تبني النص الاتي:-

أ- لا يجوز اجراء أي عمل طبي من شانه ان يؤدي الى تشويه في الاعضاء الجنسية او يحدث انتقاصا فيها.

ويعاقب بالعقوبات ذاتها – بحسب الاحوال – كل من

١. تسبب في تغيير جنسه.

٢. تعمد بنفسه او سمح لغيره بتغيير جنسه.

ب- اضافة نص صريح يضاف لصور العاهة المستديمة الواردة في القانون وهو "قطع عضو التناسل الذكري او الانثوي كلا اوجزءا".

ويصبح النص في القانون على النحو الآتي :

(وتتوفر العاهة المستديمة اذا نشأ عن الفعل قطع أو أنفصال عضو من أعضاء الجسم أو بتر جزء منه أو فقد منفعته أو أنقصها أو جنون أو عاهة في العقل أو تعطيل الحواس تعطيلاً كلياً أو جزئياً بصورة دائمة أو تشويه جسيم لا يرجى زواله أو خطر حال على الحياة أو قطع عضو التناسل الذكري أو الانثوي كلاً أو جزءاً).

اما فيما يخص المؤسسة العلاجية التي تجرى فيها العملية فان قانون العقوبات العراقي في المادة ٨٠ منه ينظم احكام وشروط مسائلة الشخص المعنوي، اذ يمكن ان تنسب للشخص المعنوي كافة الجرائم الواردة في القانون اذا ارتكبت من قبل ممثلوها او مديرها او وكلاؤها لحسابها او

باسمها، عليه يبقى الحال فيها على ما هو عليه لامكانية مسائلة المؤسسة العلاجية فيها وفقاً لما يتطلبه قانون العقوبات من شروط.

ثالثا: مما لا شك ان الشخص المعنوي يعد مظهرا حضاريا وركيزة للتقدم واستمرارا للتطور ولتحقيق هذه الاستمرارية وجب المحافظة على الاشخاص المعنوية، لكن هذه المحافظة يجب ان لا تتعارض مع متطلبات القانون واهدافه ألا اذا كان هناك نشاطا غير مشروع يرتكب باسم ولحساب هذه الاشخاص، الا اننا ندعو انتهاج الخط الوسط في تقرير العقوبات أي معاقبة الاشخاص المعنوية على كل الانشطة غير المشروعة مع الترفق في العقوبات المفروضة عليه والابتعاد عن موضوع الغلق والحل لان الشخص المعنوي الذي نحن بصدده مؤسسة علاجية تقدم خدمات لمرضاها وان المستشفيات لا تخلو منهم لكن يتم التشديد بفرض العقوبة في حالة العود.

رابعا: ضرورة الالتزام بمبادئ الشريعة الاسلامية والعودة الى هذا التشريع الذي اثبت للجميع ان لولاه لتهاوى البناء الاخلاقي والاجتماعي، خصوصا انه عالج الكثير من الافكار المحدثة في المجال الجنائي، اذ سبق للتشريع الاسلامي التصدي اليها منذ بدء الرسالة ومنها الحالة موضوعة البحث.

خامسا: جعل كل القرارات الخاصة بالغلق وبقية العقوبات ومنح الاجازة وسحبها واللجان التحقيقية وصلاحياتها منوطا بالاجهزة القضائية لا ان يتم الاعتماد على الجهات الادارية في ذلك، لان الامعان والتغاضي يجعل من هذه الجهات جهات قضائية بالوقت الذي تكون فيه هذه الجهات غير عالمة ومفتقرة لابسط متطلبات المعرفة القانونية وان ذلك يبعد القضاء عن مبتغاه من جهة ويفقده استقلاليته من جهة اخرى.

سادسا: جعل هذه الدراسة مادة اولية يتم الاعتماد عليها في اجتهادات كل من له علاقة بهذا الامر في انتظار اصدار القانون المرتقب، اسوة ببقية القوانين التي صدرت بناء على التوصيات والابحاث والدراسات التي قدمت بشانها قبل تصدي القوانين لها.

سابعا: ضرورة التاكيد على ان الذين يقدمون على تغيير جنسهم انما هم غير اسوياء ويحتاجون الى تاهيل نفسي وصحي واجتماعي لاعادتهم الى الوضع الطبيعي وجعل ذلك هو الاصل. والوضع الطبيعي عموما هو الفطرة الربانية القويمة التي ارتات ان يكون عدد كذا من الذكور وعدد كذا من الاناث في المجتمعات كافة التي تقطن هذا الكوكب ، وان ذلك يتم بمشيئة ربانية بحتة لا دخل للانسان فيها، كما يتم التاكيد على ضرورة الابتعاد عن كل ما من شانه الاخلال به والتصدي لهذه التوجهات المنحرفة التي بدات تظهر. واقترح ان يتم ذلك

بشتى الطرق والاساليب ومنها الجانب الاعلامي لما يتاح لهذا الجانب من اســاليب تربويــة ومنها اسلوب نشر التوعية في المجالات كافة وعبر وسائله المرئية وغير المرئية.

ثامنا: التاكيد في مجال تعليمات السلوك المهني للاطباء على ضرورة عدم اللجــوء الــى اجــراء عمليات تغيير الجنس باي صورة كانت.

ومن الله التوفيق

ثبت المراجع
باللغة العربية

اولا:- كتب التفسير

١. ابو علي الفضل الطبرسي – مجمع البيان في تفسير القران – الجزء الثالث والرابع- دار احياء التراث العربي – بدون سنة طبع.

٢. حسنين محمد مخلف – صفوة البيان لمعاني القران – الطبعة الثالثة – شركة مطبعة ذات السلاسل – الكويت – ١٩٨٧.

٣. سيد قطب – في ظلال القران – المجلد الثاني – الاجزاء ٥-٧ الطبعة ١٧- بيروت/ دار الشروق ١٩٩٢.

٤. عماد الدين ابي الفداء بن كثير – تفسير القران العظيم لابن كثير – الطبعة الاولى – المجلد الاول دار الفيحاء دمشق / دار السلام الرياض ١٩٩٤.

٥. محمد علي الصابوني/ صفوة التفاسير – الطبعة الخامسة- المجلد الاول – دار القلم بيروت – لبنان مكتبة جدة ١٩٨٦.

ثانيا:- المصادر الشرعية

٦. ابو بكر جابر الجزائري – منهاج المسلم – كتاب عقائد واداب واخلاق وعبادات ومعاملات مكتبة دار الجديدة ١٩٩٣.

٧. ابو حامد الغزالي – الحكمة في مخلوقات الله – تحقيق د. رشيد رضا – دار احياء العلوم بيروت ١٩٨٤.

٨. ابي عبد الله بن الازرق – بدائع السلك في طبائع الملك- تحقيق د. علي سامي النشار- منشورات وزارة الاعلام- سلسلة كتب التراث ١٩٧٧.

٩. ابي عبد الله محمد ابي بكر ابن قيم الجوزية – اغاثة اللهفان من مصايد الشيطان- تحقيق محمد حامد الفقي- دار الفكر للنشر والتوزيع- الاردن -عمان- بدون سنة طبع

١٠. ابي محمد عبدالله بن احمد المقدسي المغني – المغني لابن قدامة – الجزء السادس – مكتبة الرياض الحديثة- مطبوعات رئاسة ادارات البحوث العلمية والافتاء والدعوة والارشاد- السعودية ١٩٨١.

١١. ابي محمد عبدالله بن احمد المقدسي المغني – المغني لابن قدامة – الجزء الثامن – مكتبة الرياض الحديثة- مطبوعات رئاسة ادارات البحوث العلمية والافتاء والدعوة

والارشاد- السعودية ١٩٨١.

١٢. الشافعي محمد بن ادريس- الام- كتاب مختصر المزنى – الطبعة الثانية- الجزء الثامن دار المعرفة بيروت ١٩٨٣

١٣. الشافعي محمد بن ادريس – الرسالة – الطبعة الاولى – مطبعة الباني الحلبي واولاده – مصر ١٩٤٠

١٤. محمد شلتوت – من توجيهات الاسلام – الطبعة السابعة – دار الشروق ١٩٨٣

١٥. يحي الدين ابي زكريا بن شرف النووي – رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين – تقديم وتعليق محمد علي القطب – الطبعة الثالثة – المكتبة العصرية للطباعة والنشر والتوزيع – بيروت – لبنان ٢٠٠٠

ثالثا: كتب الفقه والحديث

١٦. د. ابو اليقظان عطية الجبوري – حكم الميراث في الشريعة الاسلامية – الطبعة الاولى – دار حنين جامعة اليرموك ١٩٩٥.

١٧. ابي زكريا يحيى بن شرف النووي – رياض الصالحين – الطبعة الرابعة – تحقيق حسان عبد المنان المكتبة الاسلامية – ١٩٩٣

١٨. احمد بن علي بن حجر العسقلاني – فتح الباري في شرح صحيح البخاري- الطبعة الاولى – الجزء العاشر- دار السلام الرياض – دار الفيحاء للطباعة والنشر والتوزيع – دمشق ١٩٩٧.

١٩. بدران ابو العنين بدران – الميراث المقارن بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري- دار المعارف- مصر – ١٩٧١

٢٠. سيد سابق- فقه السنة- الطبعة ١١ – الجزء الثالث- دار الفتح للاعلام العربي – القاهرة ١٩٩٤.

٢١. عبد الرحمن الجزيري- فقه السنة على المذاهب الاربعة- الجزء الخامس- الطبعة الاولى- دار الفكر بيروت- لنان ١٣٩٢هـ ١٩٧٢م

٢٢. د. قحطان عبد الرحمن الدوري- صفوة الاحكام من نيل الاوطار وسبل الاسلام- الطبعة الثانية- مطبعة الارشاد – بغداد ١٤٠٦هـ ١٩٨٦م

٢٣. محمد زيد الابياني- شرح الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية- الجزء الثالث – مكتبة النهضة – بيروت- بغداد.

٢٤. د. محمد فاروق النبهان- المدخل للتشريع الاسلامي- الطبعة الاولى- دار القلم بيروت ١٩٧٧.

٢٥. مسند الامام احمد- للامام احمد بن حنبل- موسوعة الحديث الشريف- شركة البرامج الاسلامية الدولية- الاصدار الثاني- ٩١-١٩٩٧.
٢٦. صحيح البخاري- ابو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري- دار ابن كثير- الطبعة ١٩٨٧/٣
٢٧. صحيح مسلم- ابو الحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري- دار احياء التراث العربي - بيروت -لبنان بدون سنة طبع.
٢٨. سنن ابي داود- سليمان بن الاشعث بن اسحاق السجستاني - طبعة دار الفكر.
٢٩. الزوائد ومنبع الفوائد- علي بن ابي بكر الهيثمي- دار الريان للتراث ودار الكتاب العربي- القاهرة- بيروت ١٤٠٧هـ
٣٠. سبل الاسلام - شرح بلوغ المرام من ادلة الاحكام - محمد بن اسماعيل الامير - الطبعة الرابعة دار احياء التراث العربي- بيروت ١٣٧٩هـ
٣١. نيل الاوطار من احاديث سيد الاخيار- شرح منتقى الاخبار- محمد بن علي بن محمد الشوكاني- طبعة دار الجيل - بيروت- لبنان ١٩٧٣.

رابعا: المراجع القانونية

٣٢. ابراهيم المشاهدي- المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز - القسم الجنائي- مطبعة الجاحظ - بغداد ١٩٩٠.
٣٣. احمد عبد الظاهر الطيب- موسوعة التشريعات الجنائية- دار الكتب القانونية- المحلة الكبرى ١٩٩٨.
٣٤. د. احمد علي الخطيب- موجز احكام الميراث - الطبعة الثانية- مطبعة المعارف- ١٩٦٨.
٣٥. د. احمد شوقي ابو خطوة- القانون الجنائي والطب الحديث - دار النهضة العربية- القاهرة ١٩٩٥.
٣٦. د. اسماعيل مرزة- القانون الدستوري- دراسة مقارنة- دار صادر - منشورات الجامعة الليبية - بدون سنة طبع.
٣٧. د. اكرم نشأت- السياسة الجنائية دراسة مقارنة- الطبعة الثانية- شركة ابن للطباعة الفنية المحدودة ١٩٩٩.
٣٨. د. اكرم نشأت- القواعد العامة في قانون العقوبات المقارنة- الطبعة الاولى- مطبعة الفتيان ١٩٩٨.

٣٩. د. اكرم نشأت- الاحكام العامة في قانون العقوبات العراقي- مطبعة اسعد بغداد ١٩٦٢.

٤٠. باسيل يوسف- دبلوماسية حقوق الانسان المرجعية القانونية والاليات - الطبعة الاولى - الناشر بيت الحكمة بغداد ٢٠٠٢.

٤١. د. توفيق الشاوي- محاضرات عن المسؤولية الجنائية في التشريعات العربية- جامعة الدول العربية- معهد الدراسات العربية العالية ١٩٥٨.

٤٢. د. رياض القيسي - علم اصول القانون- الطبعة الاولى- بيت الحكمة - بغداد ٢٠٠٢.

٤٣. جارلس أي اوهارا وغريغوري ال وهارا- اسس التحقيق الجنائي - ترجمة بهجت البكري- الجزء الثاني- مطبعة التعليم العالي- ١٩٨٩.

٤٤. المحاميان جمال عبد الغني ومحمد محمود - موسوعة التشريع الاردني- الطبعة الاولى- الجزء السادس عشر دار البشير للنشر والتوزيع- عمان الاردن- ١٩٨٩.

٤٥. جندي عبد الملك- الموسوعة الجنائية- الجزء الخامس ط١ - دار احياء التراث العربي بيروت.

٤٦. د. حسن عبدالمؤمن بدران - العقد والجزاء الجنائي - دراسة مقارنة- الناشر دار النهضة العربية- القاهرة - ١٩٩٣.

٤٧. د. حسن الجوخدار- شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية- ط١- دار الثقافة للنشر والتوزيع ١٩٩٢.

٤٨. د. حسن صادق المرصفاوي- المرصفاوي في قانون العقوبات الخاص- دار المعارف- الاسكندرية- ١٩٧٨.

٤٩. د. حميد السعدي- شرح قانون العقوبات الجديد- الجزء الاول- دار الحرية للطباعة- بغداد ١٩٧٦.

٥٠. د. حميد السعدي- شرح قانون العقوبات الجديد- الجزء الثالث- دار الحرية للطباعة- بغداد ١٩٧٦.

٥١. د. حميد السعدي- جرائم الاعتداء على الاشخاص- دراسة مقارنة بين القانون العراقي والفرنسي والسوفيتي مطبعة المعارف بغداد ١٩٦٥.

٥٢. حميد السعدي عامر عبيد المشاي - المسؤولية الطبية من الوجهة الجنائية- دار الثقافة للطباعة والنشر والتوزيع ١٩٩٦.

٥٣. د. سامي النصراوي- دراسة في اصول المحاكمات الجزائية- الجزء الاول- مطبعة دار السلام- بغداد ١٩٧٦.

٥٤. سلمان بيات - القضاء الجنائي العراقي- الجزء الثالث- شركة النشر والطباعة العراقية المحدودة ١٩٤٩.

٥٥. د. سعيد حسب الله- شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية- دار الحكمة للطباعة والنشر- الموصل ١٩٩٠.

٥٦. د. شوكت عليان- موانع النكاح في الاسلام- مطبعة الجامعة بغداد- ١٩٨٠.

٥٧. د. صالح عبد الزهرة حسون- احكام التفتيش واثاره في القانون العراقي دراسة مقارنة- الطبعة الاولى مطبعة الاديب البغدادية ١٩٧٩.

٥٨. د. ضاري خليل محمود- اثر رضا المجني عليه في المسؤولية الجزائية- الطبعة الاولى- دار القادسية للطباعة ١٩٨٢.

٥٩. د. ضاري خليل محمود – البسيط في شرح قانون العقوبات – القسم العام – الطبعة الاولى- الناشر صباح صادق ٢٠٠٢.

٦٠. د. عباس الحسني- شرح قانون العقوبات العراقي وتعديلاته- المجلد الثاني- القسم الخاص- مطبعة العاني ١٩٧٤.

٦١. د. عباس الحسني- شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية الجديد- المجلد الاول – مطبعة الارشاد بغداد ١٩٧١.

٦٢. د. عبد الامير العكيلي-د. سليم حربه- شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية- الجزء الاول – شركة اياد للطباعة التقنية ١٩٨٨.

٦٣. عبد الحميد العبيدي – الطب والعلوم – الشريعة والقانون – سلسلة المائدة الحرة – بيت الحكمة –٤٤ /١٩٩٩

٦٤. د. عبد الخالق النواوي- جرائم الجرح والضرب في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي المكتبة العصرية بيروت- بدون سنة طبع.

٦٥. د. عبد القادر عودة- التشريع الجنائي الاسلامي مقارنا بالقانون الوضعي- القسم العام- الطبعة الثالثة- مكتبة دار العروبة – مطبعة المدني- ١٩٦٣.

٦٦. د. عبد الكريم زيدان- العقوبة في الشريعة الاسلامية- الطبعة الثانية- مؤسسة الرسالة- لبنان ١٩٨٨.

٦٧. د. عبد الكريم زيدان- نظام القضاء في الشريعة الاسلامية- الطعبة الاولى- مطبعة العاني- بغداد ١٩٨٤.

٦٨. علي السماك-الموسوعة الجنائية في القضاء الجنائي العراقي- الطبعة الاولى- الجزء الرابع – مطبعة الارشاد بغداد ١٩٦٦.

٦٩. د. علي حسين خلف و د. سلطان الشاوي- المبادئ القانونية في قانون العقوبات ١٩٨٢.

٧٠. د. عبد الملك عبد الرحمن السعدي- العلاقات الجنسية غير الشرعية وعقوبتها في الشريعة والقانون- القسم الاول دار الانبار للطباعة والنشر ١٩٨٩.

٧١. د. عبد الملك عبد الرحمن السعدي- العلاقات الجنسية غير الشرعية وعقوبتها في الشريعة والقانون- القسم الثاني دار الانبار للطباعة والنشر ١٩٨٩.

٧٢. د. عوض محمد – جرائم الاشخاص والاموال- دار المطبوعات الجامعية- الاسكندرية ١٩٨٥.

٧٣. د. فتحي عبد الرحيم عبد الله – دروس في مقدمة العلوم القانونية- نظرية الحق – مكتبة جلاء – المنصورة ١٩٧٨.

٧٤. د. فخري عبد الرزاق الحديثي- شرح قانون العقوبات- القسم العام- مطبعة اوفسيت الزمان- بغداد ١٩٩٢.

٧٥. د. فخري عبد الرزاق الحديثي- شرح قانون العقوبات- القسم الخاص- مطبعة الزمان- بغداد ١٩٩٦.

٧٦. د. فوزية عبد الستار- شرح قانون العقوبات- القسم الخاص- دار النهضة العربية- القاهرة ١٩٨٢.

٧٧. د. كامل السعيد – شرح قانون العقوبات الاردني المعدل رقم ٨٦ لسنة ٢٠٠١- دراسة تحليلية تاصيلية مقارنة دائرة المطبوعات والنشر- عمان- الاردن- ٢٠٠٢.

٧٨. د.كامل السعيد- شرح الاحكام العامة في قانون العقوبات – دراسة مقارنة- الطبعة الاولى- الدار العلمية والدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع- عمان- الاردن ٢٠٠٢.

٧٩. د. كامل السعيد – شرح الاحكام العامة في قانون العقوبات- في الجريمة والمساهمة والمسؤولية والجزاء الجنائي- دراسة مقارنة ١٩٩٨.

٨٠. د. كامل السعيد- الاحكام العامة للجريمة في قانون العقوبات الاردني- دراسة تحليلية مقارنة- الطبعة الاولى – المؤسسة الصحفية الاردنية- الراي – بدعم من الجامعة الاردنية ١٩٨١.

٨١. د. محمد كمال الدين امام- المسؤولية الجنائية اساسها وتطورها – الطبعة الثانية- المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع- ١٩٨١.

٨٢. د. ماهر عبد شويش- شرح قانون العقوبات- القسم الخاص- الطبعة الاولى – دار الكتب للطباعة والنشر- الموصل ١٩٨٨.

٨٣. د. مصطفى ابراهيم الزلمي- المسؤولية الجنائية في الشريعة الاسلامية- دراسة مقارنة بالقانون الوضعي- الجزء الاول مطبعة اسعد – بغداد ١٩٨٢.

٨٤. مصطفى كامل منيب- مجموعة القوانين المصرية- قوانين الاحوال الشخصية- دار الفكر العربي – مطبعة الفكرة الاسماعيليه- ١٩٥١.

٨٥. د. محمد زكي ابو عامر- قانون العقوبات اللبناني- القسم العام- الدار الجامعية للطباعة والنشر ١٩٨١.

٨٦. د. احمد عيد الغريب- التجارب الطبية والعلمية وحرمة الكيان الجسدي للانسان- الطبعة الاولى- بدون دار نشر ١٩٨٩.

٨٧. د. محمد شلال العاني- التشريع الجنائي الاسلامي- دراسة تاصيلية مقارنة باحكام القانون الوضعي ونظرياته الفقهية المعاصرة- الطبعة الثانية- مؤسسة مروة للطباعة- ١٩٩٦.

٨٨. د. محمد صبحي نجم- الجرائم الواقعة على الاشخاص – الطبعة الاولى – دار الثقافة للنشر والتوزيع –عمان ١٩٩٤.

٨٩. د. محمد فائق الجوهري- المسؤولية الطبية في قانون العقوبات- القسم الخاص- دار الحرية للطباعة- بغداد ١٩٧٧.

٩٠. د. محمد نوري كاظم- شرح قانون العقوبات- القسم الخاص- دار الحرية للطباعة- بغداد ١٩٧٧.

٩١. د. محمود عثمان الهمشري- المسؤولية الجنائية عن فعل الغير – الطبعة الاولى – دار الفكر العربي ١٩٦٩.

٩٢. د. محمود محمود مصطفى- مسؤولية الاطباء والجراحين الجنائية- دار الاسراء للنشر والتوزيع ١٩٩٨.

٩٣. د. محمود نجيب حسني- شرح قانون العقوبات – القسم الخاص- دار النهضة العربية- القاهرة ١٩٩٢.

٩٤. د. منذر الفضل – التصرف القانوني في الاعضاء البشرية- الطبعة الاولى- دار الشؤون الثقافية العامة بغداد ١٩٩٠.

٩٥. د. هاني سليمان الطعيمات- حقوق الانسان وحرياته الاساسية- الطبعة الاولى- دار الشروق للنشر والتوزيع – عمان- الاردن- ٢٠٠١.

٩٦. د. نبيل السمالوطي- علم اجتماع العقاب- الجزء الاول- دار الشروق للنشر والتوزيع والطباعة- بدون سنة طبع.

خامسا: المراجع المتخصصة

٩٧. د. ابتسام نجيب الحجية – علم الفسلجة – علم وظائف الاعضاء- دار المثنى للطباعة والنشر- ١٩٨٢.

٩٨. د. احمد محمود سعد. تغيير الجنس بين الحظر والاباحة- دراسة مقارنة – الطبعة الاولى دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع ١٩٩٣.

٩٩. د. احمد محمود سعد- زرع الاعضاء بين الحظر والاباحة- موسوعة القضاء والفقه للدول العربية- الجزء ٣٠٠ – القسم الثاني- الدار العربية للموساعات ١٩٨٧.

١٠٠. د. الشهابي ابراهيم الشرقاوي – تثبيت الجنس واثاره- دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي- الطبعة الاولى- دار الكتب- القاهرة ٢٠٠٢.

١٠١. تغريد عبد الله الدغمي- الاخطاء الطبية ومسؤولية الطبيب – دراسة فقهية قضائية مقارنة مع التركيز على النواحي الجنائية- دار انس للنشر والتوزيع ٢٠٠٣.

١٠٢. هيثم حامد المصاروة- التنظيم القانوني لعمليات زرع الاعضاء البشرية- ط١-دار المناهج للنشر والتوزيع- عمان الاردن – ٢٠٠٠.

١٠٣. د. حسن عودة زعال – التصرف غير المشروع بالاعضاء البشرية في القانون الجنائي- دراسة مقارنة الطبعة الاولى- الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع – عمان ٢٠٠١.

١٠٤. د. عامر قاسم احمد القيسي – مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الصناعي- دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الاسلامي- ط١- الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع – عمان الاردن – ٢٠٠١.

١٠٥. د. علي غالب ياسين – علم التشريح – الطبعة الاولى- دار الحرية للطباعة- بغداد- ١٩٨٥.

١٠٦. د. علي حسين نجيدة- بعض صور التقدم الطبي وانعكاساتها القانونية في مجال القانون المدني (التلقيح الصناعي وتغيير الجنس) مطبعة كلية الحقوق- جامعة القاهرة –مصر- ١٩٩١/٩٠.

١٠٧. د. محمد بشير شريم- الاخطاء الطبية بين الالتزام والمسؤولية- جمعية عمال المطابع التعاونية عمان- الاردن ٢٠٠٠.

١٠٨. محمد رفعت- العمليات الجراحية وجراحة التجميل- اشتراك في تاليف نخبة من اساتذة كلية الطب بمصر – الطبعة الثانية- دار المعرفة للطباعة والنشر –بيروت- لبنان ١٩٧٧.

١٠٩. د.محمد حسين منصور – المسؤولية الطبية- موسوعة القضاء والفقه للدول العربية- الجزء ٢٤١ القسم الثاني- الدار العربية للموسوعات ١٩٧٨.

١١٠. د. محمد يوسف النجار و د. ريتشارد ماكوليامز- العظام في الدراسات الانثروبولوجية والطبية والجنائية – ترجمة د. محمد يوسف النجار- الطبعة الاولى- مطبعة ذات السلاسل للطباعة والنشر ١٩٨٩.

١١١. د. محمد عبد الوهاب الخولي- المسؤولية الجنائية للاطباء عن استخدام الاساليب المستحدثة في الطب والجراحة دراسة مقارنة- الطبعة الاولى- بدون دار نشر ١٩٩٧.

١١٢. موفق علي عبيد- المسؤولية الجزائية للاطباء عن افشاء السر المهني- الطبعة الاولى- دار الثقافة للنشر والتوزيع- عمان - الاردن- ١٩٩٨.

١١٣. نزار عرابي- مسؤولية الطبيب عن خطئه في التشخيص - مجلة المحامون السورية الاعداد-٦ السنة ١٩٦٣.

١١٤. هدى سالم محمد الاطرقجي- مسؤولية مساعدي الطبيب الجزائية- دراسة مقارنة- الطبعة الاولى- الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع عمان- الاردن ٢٠٠١.

١١٥. د. وصفي محمد علي- الطب العدلي علماً وتطبيقاً - الطبعة الثالثة- مطبعة المعارف- بغداد ١٩٧٠.

سادسا: رسائل الدكتوراه والماجستير.

١١٦. امل فاضل- العنف ضد المراة- رسالة دكتوراه- كلية القانون - جامعة بغداد ٢٠٠٢.

١١٧. شعبان ابو عجيلة عصارة- المسؤولية الجنائية للطبيب عن استخدام الاساليب المستحدثة في الطب والجراحة- دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه- كلية القانون جامعة بغداد ٢٠٠١.

١١٨. ضياء عبد الله عبود - الحق في سلامة الجسم ضمانة من ضمانات المتهم- دراسة مقارنة رسالة ماجستير في القانون العام- كلية القانون- جامعة بابل ٢٠٠٢.

١١٩. عارف علي عارف- مدى مشروعية التصرف بالاعضاء البشرية- دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه - كلية العلوم الاسلامية - جامعة بغداد ١٩٩١.

١٢٠. محمد مروان علي - المصلحة المعتبرة في التجريم- رسالة دكتوراه - كلية القانون- جامعة الموصل ٢٠٠٢.

سابعا: البحوث والدراسات

١٢١. د. صبري حمد خاطر- القانون والجين البشري- مجلة دراسات قانونية بيت الحكمة السنة ٣ العدد ٣/٢٠٠١

١٢٢. د. ضاري خليل محمود - مبدا التكامل في النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية- مجلة دراسات قانونية - بيت الحكمة- العدد الاول - السنة الاولى ١٩٩٩.

١٢٣. د. ضاري خليل محمود - في الاساس القانوني لاباحة النشاط الطبي - مجلة العدالة- العدد ٤ - السنة الرابعة - ١٩٧٨.

١٢٤. د. ضاري خليل محمود- في الطبيعة القانونية للخطا الطبي- مجلة العدالة- الاعداد-٤-السنة الثالثة ١٩٧٧

١٢٥. د. عبد الوهاب عمر البطراوي - المسؤولية الجنائية للاطباء، دراسة مقارنة- الطبعة الرابعة- بحوث جنائية مقارنة بالفقه الاسلامي- قدمت المؤتمرات دولية ومحلية- المبحث الثالث عشر بدون دار نشر-١٩٩٩.

١٢٦. د. عبد الوهاب عمر البطراوي – الاساس الفكري لمسؤولية الشخص المعنـوي مـدنيا وجنائيا –دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي- قدمت لمؤتمرات دوليـة ومحليـة- المبحـث العاشر – بدون دار نشر ١٩٩٩.

١٢٧. د. عمر فاروق الفحل – تحول الجنس بين الشريعة والقانون- مجلة المحامون السورية- الاعداد ١٠و١١ و١٢ السنة ٥٣–١٩٨٨.

١٢٨. مات ريدلي- الجينوم- السيرة الذاتية للنوع البشري- ترجمة د. مصطفى ابراهيم فهمي –عالم المعرفة- سلسلة كتب ثقافية شهرية- يصدرها المجلس الوطني للثقافة–الكويـت- العدد ٢٧٥ –نوفمبر –٢٠٠١.

١٢٩. د. محمد علي البار- بحث لوثة تحويل الجنس- المتاح على الموقع الالكتروني http.WWW. Khayma.com. بتاريخ ٢٠٠٢/١١/٣.

١٣٠. محمد المحجوب الطريطر- بحث حول تغيير الجنس بين القوانين الوضعية والشـريعة الاسلامية–مجلة المحامون السورية- العدد ٧–٨ – السنة –٢٠٠٢.

١٣١. د. محمد حمدُ خليص الحربي، ما هو راي الدين في عملية تغيير الجنس –المتاح علـى الموقع الالكتروني http:www.alsaa.com-sahat-foram ١٩٩٨.

١٣٢. د. محمد يعقوب السـعيدي- نظريـة الشخصـية المعنويـة- مجلـة القضـاء – العـدد ٣ السنة٣١/١٩٧٦.

١٣٣. د. موسى الخلف- العصر الجينومي- عالم المعرفة- سلسلة كتب ثقافية شـهرية- يصـدرها المجلس الوطني للثقافة–الكويت–العدد ٢٩٤–يوليو–٢٠٠٣.

١٣٤. د. نبيل دسوقي- التخنث هل هو مرض نادر بمصر- مجلة طبيبك- العدد ٣١٦/ابريل/١٩٩٥.

ثامنا: المراجع العامة

١٣٥. ابراهيم النعمة- اخلاقنا والدمار – الطبعة الثالثة- مطبعة الزهراء الحديثة المحدودة ١٩٨٦.

١٣٦. د. علي كمال – الجنس والنفس في الحياة الانسانية- دار واسط- لندن- ١٩٨٦.

١٣٧. د. نوال السعداوي- الانثى هي الاصل- المؤسسة العربية للدراسات والنشر ١٩٧٤

١٣٨. د. علي الامير–الجنس بين النفس والفسلجة- الجزء الاول- الطبعة الاولى–دار الشؤون الثقافية العامة- بغداد ٢٠٠٠.

١٣٩. د. علي الامير- الجنس بين النفس والفسلجة- الجزء الثاني- الطبعة الاولـى- دار الشـؤون الثقافية العامة- بغداد ٢٠٠٠.

١٤٠. فاطمة المرنيسي – الجنس كهندسة اجتماعية بين النص والواقع- ترجمـة فاطمـة الزهـراء زريول ونشر الفنك ١٩٩٦.

تاسعا: المراجع اللغوية

١٤١. احمد بن محمد بن علي الفيومي- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي المتوفي سنة ٧٧٠هـ- الجزء الاول- تصحيح د. مصطفى السقا مطبعة مصطفى البابي الحلبي واولاده بمصر- بدون سنة طبع.

١٤٢. فؤاد افرام البستاني- منجد الطلاب- الطبعة الاولى- دار الشروق - بيروت- لبنان ١٩٨٦.

١٤٣. محمد بن ابي بكر الرازي- مختار الصحاح- مكتبة النهضة-١٩٨٣

عاشرا: الندوات والدورات والفتاوى

١٤٤. ندوة الامانة العامة لهيئة كبار علماء المسلمين- دورة المجلس التاسعة والثلاثون وقرار رقم ١٦٠- مدينة الطائف- المملكة العربية السعودية في ١٤١٢/٣/١٧هـ.

١٤٥. مجلس مجمع الفقه الاسلامي لرابطة العالم الاسلامي- الدورة الحادية عشر- المنعقدة بمكة المكرمة – دورة بعنوان تحويل الذكر الى انثى وبالعكس بتاريخ ٢٠-٢٦/رجب/١٤٠٩هـ.

١٤٦. فتوى دار الافتاء المصرية رقم ١٦٨ بتاريخ ١٩٨٨/١١/٢.

حادي عشر: الدساتير والقوانين

---

١٤٧. الدساتير

أ. دستور المملكة الاردنية الهاشمية لسنة ١٩٥٢.

ب. دستور جمهورية العراق المؤقت لسنة ١٩٧٠.

ت. الدستور الجزائري لسنة ١٩٧٦.

ث. الدستور السويسري لسنة ٢٠٠٠.

١٤٨. القوانين

- قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩.
- قانون العقوبات الجزائري.
- قانون العقوبات الاردني.
- قانون العقوبات الليبي.
- قانون العقوبات المصري.
- قانون العقوبات اللبناني.
- قانون العقوبات الكويتي.

- قانون العقوبات العسكري العراقي رقم ١٣ لسنة ١٩٤٠ وتعديلاته.
- قانون مكافحة البغاء العراقي رقم ٨ لسنة ١٩٨٨.
- قانون رعاية الاحداث رقم ٧٦ لسنة ١٩٨٣.
- قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي ٢٣ لسنة ٧١.
- قانون نقابة الاطباء العراقي.
- قانون الصحة العامة العراقي.
- قانون الصحة الاردني رقم ٢١ لسنة ١٩٧١.
- قانون الآداب الطبية العامة اللبناني لعام ١٩٩٤.
- تعليمات السلوك المهني للاطباء رقم ٨١ لسنة ١٩٨١.
- القانون المدني العراقي.

ثاني عشر: المجلات والجرائد

---

١٤٩. مجلة القضاء والتشريع- الجمهورية التونسية- عدد يناير ١٩٩٤.

١٥٠. مجلة الديوان العدد / ١٧ السنة الثانية- ابريل ٢٠٠٢.

١٥١. الوقائع العراقية العدد ٣٩٥٧ بتاريخ ٢٠٠٢/١١/١٨ والعدد ٣٢٠٩ في ١٩٨٨/٦/٢٣.

باللغة الاجنبية

1. Arnold – Dbstertrics by Ten Teachers-17 edition/2000.
2. Christoffel. Health and the law. New york 1982.
3. James e-Anderson. M.D. Grants Atlas of anto my 8 edition- london- 1975-76.
4. John Macleod- Davidson's principles and practice of Medicine. 13 edition- Churchill livingstone- edinburch london- Melbourn New York. 1981.
5. Strafgesetzbuch (SiGB) 15/mai/1871 (RGBi-s.127) 25/januar/1998 CBGB. i.i.s.164)No 228.
6. Suzanne j. kessler and Wendy Mekenna. Gender an Ethnomethodological Approach- Copyright by john wiley and sons. Newyork. 1978.

For the purpose of good understanding the subject I made a distinction between sex change and similar conditions to achieve dissimilarity sides and in order not to mix for the purpose of under – standing the condition under study. These conditions are sexual abnormality, correction of human sex and hermaphrodite .

I discussed the laws, which permitted the act of sex change, also the laws, which prohibited it, and the Islamic low position, also it's point of view from this act, by verses from holly koran and honest speeches of our prophet.

I discussed the responsibility of physicians and persons alike and the moral responsibility represented in governmental and non-governmental hospitals (private) and responsibility of third party.

Also I discussed the legal and social paradoxes from the subjective, formal and executive point of views, also the social problems and effect on society.

All this done to show that the problem facing the societies is due to the change of moral values and these acts are leading to encourage exercising the prohibited sexual relations.

Finally I gave the results achieved in my study and recommendations. Also I required considering this study as a raw material to take into consideration until making a law that prohibit frankly these acts because of urge need for it and to protect our Islamic inherited human, moral and civilization.